



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

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

**Proceso ordinario laboral de EUDORO BENJAMIN LARROTA PAEZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Rad. 110013105-030-2019-00662-01.**

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 parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de enero 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 **EUDORO BENJAMIN LARROTA PAEZ**, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a COLPENSIONES a corregir la reliquidación efectuada mediante Resolución SUB 113707 del 27 de abril de 2018 y consecuentemente reajustar la pensión de vejez a partir del 29 de mayo de 1994, teniendo en cuenta que se le reliquidó la pensión por vejez sin tener en cuenta todos los factores salariales, como son, el último salario sobre el cual cotizó, por la suma de \$630.200; por consiguiente, se condene al reconocimiento y pago retroactivo por las diferencias dejadas de pagar, con sus respectivos incrementos salariales; a los intereses moratorios o la indexación, las costas del proceso y lo extra y ultra petita.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que mediante Resolución No. 002210 del 25 de marzo de 1995, el ISS le concedió la pensión de vejez bajo los

parámetros establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como beneficiario del régimen de transición, a partir del 29 de mayo de 1994 con un IBL de \$309.872 y en cuantía inicial de \$278.885; que el ISS, hoy COLPENSIONES, tuvo en cuenta en dicha Resolución como último patrono a LARROTA PAEZ EUDORO, con afiliación No. 000900128596 y patronal No. 01009883188, con 1368 semanas cotizadas. Señaló que el 9 de noviembre de 1992, decidió afiliarse nuevamente al ISS, hoy COLPENSIONES, en calidad de independiente y continuó efectuando aportes a Pensión, Salud y Riesgos Profesionales, con el mismo número de afiliación 000900128596, de su anterior empleo. Que cuenta con 85 años de edad y reporta en su historia laboral 2 vinculaciones al ISS, hoy COLPENSIONES, la primera como dependiente de la empresa SHERING PLOUGH S.A. desde el 21 de febrero de 1958 hasta el 31 de marzo de 1992 y la segunda como independiente desde el 11 de noviembre de 1992, hasta el 31 de julio de 1994. Que COLPENSIONES le expidió copia de su Historia Laboral la cual contenía las cotizaciones efectuadas a pensión, salud y riesgos, durante sus dos afiliaciones a la seguridad social obligatoria. Que el primero de marzo de 2018, de buena fe y con plena confianza en la información contenida en la base de datos y en el reporte de semanas cotizadas, solicitó ante COLPENSIONES, reliquidación de su pensión por vejez; solicitó corregir los errores cometidos al liquidar su pensión por vejez, argumentando que el IBL de \$309.872 y la mesada pensional mensual de \$278.885, equivalente a 2.85 salarios mínimos mensuales en 1994, no correspondía siquiera al 50%, del monto al que tenía derecho, puesto que su última cotización que le sugirió realizar el ISS, fue por \$630.200, equivalente a 6,38 salarios mínimos mensuales en 1994. Que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 113707 del 27 de abril de 2018, incrementó la pensión del señor LARROTA PAEZ a \$2.884.927, equivalente a 3.7% salarios mínimos mensuales de 2018, aplicando la prescripción trienal y liquidándole un retroactivo por valor de \$38.700.888, por concepto de las diferencias dejada de pagar en las mesadas, menos el descuento por salud, todo desde el primero de marzo de 2015. Indicó que en dicho acto administrativo, presuntamente se tomaron en cuenta los ciclos de 1992/11/11 hasta 1994/09/11, en donde no aparecen aportes a pensión, sino únicamente a salud, motivo por el cual no tiene en cuenta éstas cotizaciones en su reliquidación; que dicha decisión fue confirmadas mediante resoluciones SUB 146616 y DIR 10838 del 8 de junio de 2018; que COLPENSJONES mediante Auto AADIR69 del 26 de junio de 2018, ordenó el archivo del expediente sin responder de fondo lo solicitado. De igual modo, señaló que el 30 de julio de 2018 solicitó a COLPENSIONES corrija y actualice su historia laboral, en el período comprendido entre 11 de noviembre de 1992 y el 10 de septiembre de 1994 y se expida la historia laboral actualizada,

teniendo en cuenta que por razones extrañas se borró de la base de datos de la entidad, la información donde él aparecía como cotizante independiente, ante lo cual, dio respuesta invitándolo a consultar la historia laboral a través de la página web, pero no responde de fondo. Añadió, que COLPENSIONES le entrega el 21 de agosto de 2018 un reporte de semanas cotizadas por empleador, donde desaparece la información que de él reposaba en la base de datos, en calidad de aportante a pensión, salud y riesgos, pues sin un debido proceso y sin soporte alguno, la entidad manipuló a motu proprio la información contenida en el sistema. Que agotada la vía gubernativa, presentó Acción de Tutela, solicitando el amparo constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de petición, a la seguridad social, al derecho a obtener una correcta reliquidación de su pensión por vejez, a la igualdad, al derecho al mínimo vital y a la dignidad humana, transgredidos por COLPENSIONES, pero COLPENSIONES guardó silencio y no hizo uso del derecho de defensa y contradicción; señaló que el 19 de septiembre de 2018, el Juzgado 12 Laboral del Circuito, emitió fallo tutelando en su favor el derecho de petición y ordenando a COLPENSIONES que lo resolviera, ante lo cual dicha entidad expidió el 1º de octubre de 2018 Resumen de Semanas Cotizadas por Empleador, en donde únicamente reporta su vinculación con la empresa SHERING PLQÜGH S.A. y desapareció la información contenida en el Reporte de Semanas Cotizadas, expedido por la misma entidad el 13 de octubre de 2017 en donde aparecían cotizaciones a la seguridad social como independiente. Que impugnó dicha decisión, ante lo cual, la Sala Laboral de este Tribunal indicó con relación a la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez y el pago de las diferencias, eran aspiraciones a las que no podía acceder por vía del amparo Constitucional y sugiere, si es viable, acudir a la jurisdicción para solicitar lo anhelado. Que el 14 de noviembre de 2018, la Dirección de Historia Laboral de COLPENSIONES, respondió el derecho de petición, haciéndole saber que, de acuerdo con la base de datos de la entidad, en los periodos 1992/01 a 1994/09, él únicamente cotizó a salud y que por este motivo dichos aportes no eran tenidos en cuenta en el total de semanas cotizadas a pensión. Finalmente indicó haber radicado nueva solicitud de Corrección de Historia Laboral, insistiendo en que se tenga en cuenta el periodo cotizado como trabajador independiente; pero fue respondido, reiterando que únicamente aparecen cotizaciones a salud, en los señalados periodos (fls. 113 a 126).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones de la demanda, argumentando que conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen excepcional para aquellos que cumplan ciertos requisitos de edad o

tiempo de servicio, en el cual conservan luego de entrar en vigencia dicha Ley, las prerrogativas legales del régimen anterior al cual se encontraban afiliados, verbigracia, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, edad y el monto de la pensión, requisitos que deben coexistir para que nazca el derecho de pensión.

Ahora, el Acto Legislativo 01 de 2005 indicó que el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para aquellos trabajadores que, además de haber cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, a ellos les será extendido el régimen hasta el año 2014; por lo que el demandante al no haber acreditado los mencionados requisitos, no es beneficiario del régimen transicional. Como excepciones de fondo, propuso las de «prescripción», «pago» e «innominada o genérica» (Fls.131 a 135 y 141).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 29 de enero de 2021, el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, condenó COLPENSIONES a reliquidar la pensión reconocida al demandante teniendo en cuenta el periodo cotizado como independiente por el lapso comprendido entre el 11 de noviembre de 1992 al 31 de julio de 1994 y teniendo en cuenta los salarios relacionados en la historia laboral de folio 10. Declaró que la primera mesada pensional a que tiene derecho el actor, es la suma de \$527.712 y no \$443.201 reconocida por COLPENSIONES. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 01 de marzo de 2015; a su vez, condenó a la accionada al pago de \$44.502.494, correspondientes a las diferencias por las mesadas causadas entre el 01 de marzo de 2015 al 31 de enero de 2021, quedando una mesada pensional para el año de 2021 en la suma de \$3.738.118. Condenó a la demandada al pago de los intereses moratorios, a partir del 01 de septiembre de 2018, liquidados teniendo en cuenta el mayor valor dejado de percibir y hasta el día en que se haga efectivo su pago; absolvió de las demás pretensiones de la demanda. Por último, condenó en costas a la accionada.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que conforme a la documental aportada por la accionada, se evidenciaba la realización de unos aportes a salud, a partir del 11 de noviembre de 1992 al 31 de julio de 1994; no obstante, no fueron solamente a salud como lo indicó la accionada, sino que también fueron para pensión; resalto que la época en que se realizaron dichos aportes, no había entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, por el contrario, se encontraba en vigencia el Acuerdo 049 de 1990, dentro del cual la administradora asumía los riesgos

profesionales, de salud, en determinados aspectos, por lo que las oportunidades eran exclusivas para algunos casos específicos. Aunado a lo anterior, explicó que el mencionado Acuerdo permitía de manera facultativa la afiliación de trabajadores independientes, como efectivamente aconteció con el demandante; habiendo tenido en cuenta que los aportes en salud eran asumidos por la administradora en ciertos casos especiales, no se demostró haber reunido los requisitos de edad o haber alguna compartibilidad de la pensión o que pudiera haber sido pensionado por sus propios empleadores; razón por la cual, concluyó condenar a la demandada a la reliquidación del actor, incluyendo los tiempos cotizados como trabajador independiente, que ascendió al número de 88.72 semanas; así como al IBC, se debió tener en cuenta los salarios que se presentaron en las pruebas documentales aportadas al proceso. Teniendo en cuenta lo anterior, indicó que era viable modificar el valor de la primera mesada pensional del demandante. En cuanto a los intereses moratorios e indexación, refirió que eran procedentes porque se causan en las pensiones que se conceden en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se hace extensivo a todos los derechos pensionales percibidos por otra norma, verbigracia, el Acuerdo 049 de 199; y debido a que los intereses moratorios llevan consigo la recuperación de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, no había lugar al reconocimiento de la indexación solicitada. Con relación a la prescripción sostuvo que, la reclamación administrativa se elevó el 01 de marzo de 2018, la presentación de la demanda se radicó el 20 de septiembre de 2019, por lo que prescribieron las mesadas causadas con anterioridad al 01 de marzo de 2015.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, reiterando los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, expresando que dentro de la decisión se tomaron en cuenta periodos que no se encuentran en la historia laboral del demandante, esto son los del 11 de noviembre de 1992 al 31 de junio de 1994, periodos que no se evidenciaron y que mediante Resolución del 27 de abril de 2018, fueron periodos no cotizados por el actor; que si bien en 1994 el ISS tenía a su cargo las cotizaciones en salud y pensión como dos riesgos diferentes, las cotizaciones del actor fueron independientes en salud, más no en pensión, acreditando 1355 semanas cotizadas al accionante y con base a estas se decidió reliquidar la pensión conforme a lo preceptuado en Resolución, con un IBC del 90%. Anudado a lo anterior, las mesadas están ya permeadas por el fenómeno prescriptivo. A su vez, indicó que el Acuerdo referido por el Despacho, es la norma mediante la cual se reconoció la pensión, ya que los intereses moratorios no se configuraron al no encontrarse vigentes al momento del

reconocimiento de la prestación pensional; por tal razón solicitó que la demandada sea absuelta de las pretensiones y sea revisada la reliquidación, en virtud de haber reconocido el retroactivo al 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, la parte actora presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. La accionada guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede el reajuste pensional deprecado, determinando para tal efecto, si es posible contabilizar como semanas válidamente cotizadas a los riesgos de IVM los periodos cotizados entre el 11 de noviembre de 1992 y el 31 de julio de 1994 por el demandante como trabajador independiente.

CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado dentro del plenario que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, mediante la Resolución No. 002210 del 25 de mayo de 1995, a partir del 29 de mayo de 1994, en cuantía inicial de \$278.885, por encontrarse acreditados los requisitos de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta un IBL de \$309.872, al cual se le aplicó el 90% como tasa de remplazo (fls. 4, 147-148, 181), prestación que fue modificada mediante Resolución SUB 113707 del 27 de abril de 2018, en la suma de \$2.454.688 actualizada al año 2015, para lo cual tuvo en cuenta por favorabilidad lo cotizado por el tiempo que le hiciere falta al actor y aplicando la excepción de prescripción respecto del reajuste otorgado, decisión que fue confirmada por medio de las Resoluciones SUB 146616 del 31 de mayo de 2018 y DIR 10838 del 06 de junio de 2018; así como por la Resolución AADIR 69 del 26 de junio de 2018 (Fls. 19 a 23, 35 a 37 y 52 a 56). Por lo anterior, es un hecho indiscutido dentro del proceso que el señor EUDORO BENJAMÍN LARROTA PÁEZ, es beneficiario del régimen de transición.

Determinado lo anterior, se procede al estudio puntual de los reparos indicados en el libelo genitor por la parte demandante y por lo expuesto en la alzada por parte de

COLPENSIONES; para lo cual, debe señalarse en primer lugar, en aras de dilucidar la eficacia probatoria de las historias laborales aportadas al proceso, es de advertir que en principio y como lo tiene decantado la jurisprudencia laboral, *«la eficacia probatoria de un documento depende de la posibilidad de saber a ciencia cierta quién es su autor genuino. A partir de este conocimiento, se abre la posibilidad de entrar a valorar intrínsecamente su contenido conforme a las reglas de valoración probatoria y la sana crítica previstas en el Código General del Proceso y en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social»* (CSJ SL5170-2019).

Con relación al tema de la valoración probatoria de las historias laborales, la abundante doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que bien parece una excepción a la antedicha interpretación, ha venido otorgando eficacia probatoria, verbigracia, a una historia laboral sin firma, que no haya sido refutada expresamente por la parte a quien se opone o de quien se pretende derivar efectos, o debido a la conducta procesal del ISS, hoy COLPENSIONES, advirtiendo que en esos casos podía atribuirse su autoría a dicha entidad, toda vez que, como se dijo en la sentencia CSJ SL14236-2015, al dar respuesta a la demanda aludió a su contenido, no la tachó y se apoyó en ella para construir su defensa. En todo caso, se concluyó en esa oportunidad que *«La autenticidad de un documento es una cuestión que debe ser examinada caso por caso, de acuerdo con i) las reglas probatorias de los estatutos procesales, o, en su defecto, con ii) las circunstancias del caso, los elementos del juicio, las posiciones de las partes y los signos de individualización que permitan identificar al creador de un documento, de ser ello posible»*.

Tal postura se ha venido reiterando entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL5170-2019, SL2783-2020, SL2794-2020, SL1853-2020 y SL1003-2020, indicando entre otros aspectos que la falta o carencia de una rúbrica por parte del funcionario que expide la historia laboral, no puede afectar negativamente el mérito probatorio que regularmente tienen este tipo de elementos de convicción (CSJ SL10115-2014), máxime si la entidad a la que se le opuso y se adujo haberla expedido, no formuló reparo alguno sobre la misma, tampoco la tachó ni la desconoció dentro de las oportunidades procesales respectivas, otorgándole autenticidad con tal actitud pasiva; además, la autenticidad de dichos documentos puede inferirse razonablemente de otros distintivos o características que el documento contenga, como por ejemplo el nombre de la entidad que lo elaboró, el logotipo, o símbolo que usualmente la identifica ante terceros, entre otras signos o particularidades que permitan individualizarla.

En todo caso, el Alto Tribunal ha dejado claro que ello no significa que el juez no pueda en determinadas circunstancias desconfiar o tener sospechas sobre la autenticidad de un documento. De hecho, es válido que las tenga, siempre que sean objetivas y razonables. Cuando así sea, está en la obligación de pedir la prueba a la entidad administradora de pensiones para disipar esas dudas y fallar conforme a la verdad real (CSJ SL-5170-2019).

En el caso sub examine, la controversia se contrae a determinar si es posible contabilizar como semanas válidamente cotizadas a los riesgos de IVM los periodos cotizados entre el 11 de noviembre de 1992 y el 31 de julio de 1994 por el demandante como trabajador independiente, ello amparado en la historia laboral aportada con la demanda y que fuera expedida por COLPENSIONES el 13 de octubre de 2017 (folio 10), donde se relacionan las novedades registradas a partir del 01 de mayo de 1984, verificándose dos números aportantes como trabajador dependiente del empleador SCHERING PLOUGH S.A., del cual se resalta como novedades, la de retiro el 01 de junio de 1992 e ingreso el 15 de julio de 1992 y retiro el 31 de enero de 1993; el segundo aportante registrado es el propio demandante como independiente con novedad de ingreso del 11 de noviembre de 1992 y retiro el 01 de septiembre de 1994. Precisamente este último periodo es el que pretende el actor sea tenido en cuenta para reajustar la prestación por vejez que actualmente percibe, pues allí se indica en el aparte de seguros las letras «P.S» (pensión y salud) para el periodo 11/11/1992 a 01/06/1993 y «P.S.R.» (pensión, salud y riesgos profesionales) para el periodo 01/01/1994 a 01/09/1994, además registra como novedad de pago hasta el 31/07/1994. Aunado a lo anterior, se registran como «*PERIODOS PAGADOS POR APORTANTE*» únicamente los correspondientes al empleador SCHERING PLOUGH S.A.

Ahora bien, contrario sensu, en las diferentes historias laborales que fueron expedidas con posterioridad a esa fecha, estas precisan que el actor se afilió al ISS y cotizó como dependiente de dicho empleador desde el 01 de enero de 1967, cotizando sin solución de continuidad hasta el 30 de abril de 1984, periodo donde se registra novedad de retiro; ingresando nuevamente el 01 de mayo de 1984 según se explicó en precedencia. Además en estas historias laborales, de carácter tradicional, en lo relacionado con los aportes efectuados como independiente solamente se registra en el aparte de aseguramiento los riesgos a salud (S); aspecto este que fue dilucidado por COLPENSIONES en los actos administrativos que reajustaron la pensión, precisando claramente que no los tenían en cuenta para los efectos pensionales perseguidos, en tanto y en cuanto «*los soportes adjuntos y los registros*

reflejados en nuestras bases de datos, donde se aclara que de acuerdo a la solicitud de validación de la historia laboral por la diferencia de semanas, se procedió a revisar el expediente de represa en el RI 2018_4089934 encontrando que en el folio 23 de 30 en el momento de la prestación presuntamente se tomaron en cuenta los ciclos 19921111 hasta 19940911 con el empleador LARROTA PAEZ EUDORO 8 con PATRONAL 01009883188, pero al momento de validar nuestros archivos físicos documentales (microfichas y libro pago) no se observan aportes por pensión pero si por salud».

En ese sentido, para determinar cuál de los reportes refleja mejor o en la realidad material un principio de certeza del verdadero número de semanas cotizadas por el actor para los riesgos de IVM (pensión), se revisó íntegramente el haz probatorio, especialmente la denominada carpeta 382534 que contiene el trámite pensional efectuado por el actor así como la historia laboral que se tuvo en cuenta al momento de estudiarse la procedencia de la prestación económica por vejez, lo cual, obra en el expediente administrativo aportado en medio magnético (CD fl. 133). Carpeta que para un mejor estudio y proveer se imprime y se adosa al plenario. Allí puede evidenciarse en el documento denominado semanas y categorías facturadas el registro de semanas simultáneas del 11 de noviembre de 1992 al 31 de enero de 1993, lapso en el que se encuentran las semanas reclamadas por el actor, pero hace la anotación de que no hay cotización a los riesgos de IVM (fl. 242); en la hoja de prueba se observa que se incluyeron para calcular la pensión los periodos del 01 de septiembre de 1993 al 30 de noviembre de 1993 con un ingreso base de \$530.830 (fl.240), asimismo en el documento relacionado con el *estado de empresas en que el afiliado cotizó semanas* se indica que para el período de diciembre de 1993 existía una deuda de \$42.534 por parte del empleador con numero patronal 01009883188 LARROTA PAEZ EUDORO B, es decir, del accionante como cotizante independiente (fl. 239); de igual forma, aparecen dos *TARJETAS DE COMPROBACIÓN DE DERECHOS*, relacionadas con el referido número patronal 01009883188, en las cuales se lee y destaca, en la primera de ellas, como pagadas 09 semanas, como aportes a EGM \$25.269, como aportes a IVM \$12.833, para un total de *aportes afiliado* de \$38.098, precisándose que el periodo de aportes únicamente cubría los meses de noviembre y diciembre de 1993 y dicha tarjeta tenía validez hasta el 31 de marzo de 1994 (fl.227). En la segunda tarjeta de comprobación de derechos, no se registran aportes a IVM, solamente a EGM por \$29.115 para los periodos de enero y febrero de 1994 e indicándose que tenía validez hasta el mes de mayo de 1994 (fl.229).

Conforme a lo anterior, es dable concluir, en principio, que Colpensiones reconoció tácitamente la autenticidad del reporte de cotizaciones adosado por el demandante, empero, del análisis integro conforme a las reglas de la sana crítica considera la Sala que, contrario a lo estimado por el a quo no hay lugar a tener en cuenta las semanas que reclama el actor, puesto que es claro que tales anotaciones (PS y PSR) obedecen a un error según se deduce de los referidos documentos, en tanto y en cuanto no se reflejan pagos, al menos por todo el tiempo que se reclama a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y únicamente podría tenerse como tal los periodos de septiembre a noviembre de 1993, pues nótese incluso que existía una mora en el pago de dicho aporte para el mes de diciembre de 1993 por parte del mismo actor como trabajador independiente, lo cual impide incluir dicho periodo y mucho menos derivar consecuencias de una mora patronal por ser el actor el mismo deudor. En lo demás una de las tarjetas de comprobación de derechos indica con claridad que sólo se pagó el aporte a salud, más no el de pensión y que tenía validez precisamente hasta el mes de mayo de 1994 (fl. 52).

Aunado a lo anterior, estima la Sala que dicha historia laboral se haya fraccionada, pues, no solo informa de las novedades a partir del mes de mayo de 1984, sino que a pie de página indica que se trata de las páginas 4 y 5 de 5, es decir, faltan las páginas 1 a 3; empero, al margen de ello y de pasarse por alto esta situación, únicamente informa sobre los pagos efectuados desde ese periodo de tiempo hasta el 31 de enero de 1993, pero precisamente, no se informa sobre los pagos que eventualmente pudo hacer el demandante a pensión, luego entonces, de la misma historia se evidencian inconsistencias que no arrojan elementos de convicción y certeza de los periodos que reclama el demandante, de los cuales, en todo caso el ISS en su momento tuvo en cuenta los correspondientes a los meses de septiembre de noviembre de 1993 para liquidar la pensión de vejez (fls. 147-148).

En ese orden de ideas, es claro que la entidad demandada con la expedición de las historias laborales posteriores al 13 de octubre de 2017, corrigió tales inconsistencias que en sentir de la Sala corresponden a la realidad de lo que en efecto cotizó el actor a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, sin que haya aportado, salvo la referida historia laboral, otros elementos de convicción que lleguen a establecer que efectivamente sí fueron sufragados. De ahí que, deba revocarse la decisión de primera instancia, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

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,

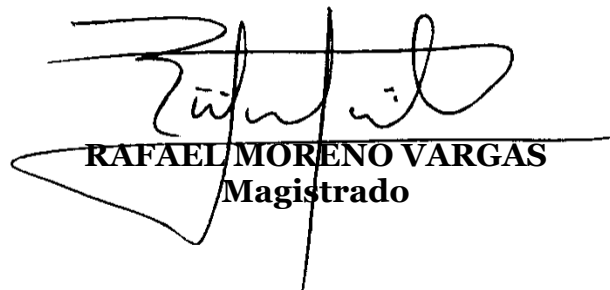
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

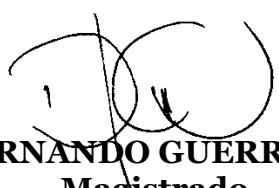
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

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

(Con impedimento aceptado)
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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CONSUELO DEL PILAR GONZALEZ GUZMAN contra COLPENSIONES, AFP'S COLFONDOS Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-008-2019-00425-01.

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 actora y de las accionadas, COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 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

La señora **CONSUELO DEL PILAR GONZÁLEZ GUZMAN** 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 por medio de la AFP COLFONDOS en el mes de octubre de 1995, así como el traslado a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, se ordene su retorno automático al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, quien deberá reactivar su afiliación; se ordene a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a reconocer su derecho a la pensión de vejez conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y a pagar las mesadas ordinarias y adicionales causadas desde el 10 de mayo de 2019 debidamente indexadas, junto con intereses moratorios. Finalmente, se

condene a las demandadas al pago de lo Ultra y Extra Petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 10 de mayo de 1962 e inició sus aportes a pensión en el RPMPD en cabeza del Instituto de Seguros Sociales- ISS desde octubre de 1988 hasta septiembre de 1995, fecha en la cual se trasladó al RAIS por medio de la AFP COLFONDOS, entidad que le aseguró que recibiría mayores beneficios que en el ISS, puesto que iba a ser transformado y debería cumplir mayores requisitos para acceder a la pensión, omitiendo brindar una información clara y completa sobre las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como tampoco realizó una proyección pensional en uno y otro régimen. Explicó que en julio de 1999 se trasladó a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., quien le reiteró los beneficios de pertenecer al RAIS y omitió la información sobre los riesgos e implicaciones de su decisión, no obstante, retornó a la AFP COLFONDOS en junio de 2000. Expuso que, al solicitar una proyección pensional, se enteró que la pensión que le correspondería en el RAIS sería de \$1.837.472 pesos, mientras que en el RPMPD ascendería a \$4.984.996. Añadió que cumplió 57 años de edad el 10 de mayo de 2019 y que para septiembre de 2018 había cotizado 1539 semanas al Sistema General de Pensiones. Expuso que el 24 de mayo de 2019 elevó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, la cual fue rechazada por improcedente. En el mismo sentido, radicó petición ante COLFONDOS, empero, se le negó la solicitud (Fls. 7 a 20).

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 hay documentos que acreditan que el traslado de régimen pensional de la demandante fue efectuado de manera libre y voluntaria, tras haber recibido información clara y precisa sobre los efectos jurídicos del cambio de régimen. Aseveró que conforme al principio de buena fe estipulado en el artículo 83 de la Constitución Política, corresponde a la actora desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones, toda vez que alega la existencia de una actuación engañosa. Explicó que COLPENSIONES negó la petición de la actora, en virtud del mandato legal establecido en la Ley 797 de 2003 que estatuye la prohibición de traslado, siendo imposible tenerla como afiliada o reconocer una pensión a su favor. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 106 a 118).

La **AFP COLFONDOS**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que brindó a la demandante una asesoría integral y completa sobre las implicaciones del traslado de régimen, incluyendo las características, funcionamiento, ventajas y desventajas del RAIS. Explicó que conforme a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, los supuestos para declarar la ineficacia de la afiliación se limitan a que la vinculación no provenga del afiliado o a que la misma se haya efectuado por presión o coacción, precisando que ninguna de las dos circunstancias ocurrió, por cuanto la demandante se afilió de forma libre, espontánea e informada y en señal de ello, suscribió con su puño y letra el formulario de afiliación a la AFP. Añadió que la afiliación al RAIS fue ratificada con la conducta de la actora, puesto que nunca manifestó inconformidad alguna y dentro del plazo legal no retornó al RPMPD. En cuanto a la existencia de vicios del consentimiento, arguyó que no se especificó en qué consistió tal supuesto, aclarando que en caso de ser un error derecho no se origina un vicio en el consentimiento, y que de otro lado, no existió un error de hecho porque la demandante sí pretendió afiliarse a la AFP privada. Afirmó que la acción para pretender la rescisión de la afiliación está prescrita. 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 del consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (Fls. 131 a 156).

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 afiliación de la accionante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se dejó plasmado en el formulario de afiliación, documento que se presume auténtico. Adujo que al pretender la declaratoria de nulidad es menester que la parte actora señale y acredite el vicio del consentimiento. Resaltó que la demandante efectuó un traslado de régimen válido, en tanto, recibió una buena asesoría por parte de la AFP. Agregó que la demandante está inmersa en la prohibición de traslado de qué trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Fls. 186 a 207).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 25 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante CONSUELO DEL PILAR GONZALEZ GUZMAN al RAIS el 18 de septiembre de 1995 por medio de la AFP COLFONDOS S.A. Condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y gastos administrativos debidamente indexados; condenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de la actora y a estudiar el reconocimiento pensional una vez se efectúe el traslado.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que el deber de información fue establecido por el Decreto 663 de 1993, por lo que desde entonces existía el deber de suministrar información a los afiliados. Asimismo, precisó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que las AFP tienen el deber de informar al afiliado sobre su derecho pensional en uno y otro régimen, así como las características de cada uno y la incidencia que tales aspectos puedan tener en su situación pensional, de tal suerte que el traslado esté precedido por un consentimiento informado, pues de lo contrario, la afiliación carece de validez. Manifestó que el precedente jurisprudencial no sólo se extiende a los beneficiarios del régimen de transición o a quienes tenían una expectativa legítima para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino que las AFP tienen el deber de suministrar información completa, veraz y oportuna a todos los afiliados, por lo que le compete a los fondos demostrar que cumplieron con su obligación. En ese orden, señaló que la AFP COLFONDOS no acreditó el cumplimiento de su deber de información, aclarando que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para tal fin, dado que no demuestra la existencia de consentimiento informado a la hora de efectuar el cambio de régimen. En relación con el reconocimiento de la pensión, encontró que la demandante cumplió con los requisitos de edad y tiempo de cotización para acceder a la prestación, no obstante, argumentó que no hay certeza de retiro por parte de la actora porque su última fecha de cotización fue marzo de 2021, sin que sea posible liquidar la prestación. De otro lado, señaló que el pago de intereses moratorios solo procede cuando hubo mora en el pago de la pensión, situación que no ocurrió porque COLPENSIONES no tenía la obligación de reconocer la prestación, toda vez que la actora estaba afiliada al RAIS. Finalmente, aseveró que la acción que persigue la ineficacia de la afiliación no está sometida al término de prescripción por estar relacionada con el derecho pensional de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandante presentó recurso de apelación parcial en contra de la decisión de no condenar en costas a las accionadas, argumentando que conforme al artículo 365 del CGP, la condena en costas procede contra los sujetos que resultaron vencidos en juicio, esto es, COLPENSIONES y COLFONDOS. De esa manera, solicitó que las accionadas COLPENSIONES y COLFONDOS sean condenadas en costas.

El apoderado judicial de **COLFONDOS S.A.** formuló recurso de apelación contra la devolución de gastos de administración debidamente indexados, arguyendo que se trata de un descuento autorizado por la ley en ambos regímenes pensionales. Agregó que gracias a la buena gestión de la AFP, la demandante se benefició de los rendimientos generados sobre su cuenta de ahorro individual, aclarando que los rendimientos resultan superiores a los gastos de administración. Aseveró que la AFP no tiene en su poder los gastos de administración, por cuanto destinó una parte al pago de los seguros previsionales y al fondo de solidaridad, mismo que debió ser vinculado al proceso para que realizara la devolución correspondiente. Explicó que la devolución de gastos de administración se tornaría un resarcimiento de daños y perjuicios, los cuales no fueron alegados ni acreditados en el proceso. Finalmente, argumentó que la AFP siempre actuó conforme a la normatividad vigente, por lo que no es dable la devolución de los gastos de administración.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, señalando que para el momento del traslado de régimen de la demandante sólo se requería la suscripción del formulario de afiliación, sin que existiera la obligación de documentar las asesorías, ni de realizar una proyección pensional, por lo que no es dable exigir una prueba diferente a tal documento. Explicó que resulta imposible cumplir con la carga de la prueba impuesta a los fondos porque no es posible traer a juicio al asesor que afilió a la demandante hace más de 20 años, ni allegar un documento diferente al formulario de afiliación porque para esa data no se exigía otra documental. Agregó que las pretensiones de la demandante se fundamentan en su inconformidad con el monto pensional que recibiría en el RAIS, no siendo una causal establecida por la jurisprudencia para declarar la nulidad o ineficacia del traslado, que contrario sensu, algunos salvamentos de voto han señalado que no es posible declarar la ineficacia del traslado sólo por las expectativas económicas del afiliado, pues no es posible endilgar responsabilidad alguna a los fondos porque el cálculo de la mesada en uno y otro régimen se efectúa de acuerdo a las fórmulas legalmente establecidas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por 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, el apoderado judicial de PORVENIR S.A., presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo introductorio, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve 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 53 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 10 de mayo 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 peticiones dirigidas a COLFONDOS y COLPENSIONES el 22 de abril de 2019 y el 24 de mayo de 2019, respectivamente (fls. 63, 76), 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 276 semanas cotizadas al ISS (fls. 54 a 58), 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 18 de septiembre de 1995 (Fl. 81), específicamente, conforme al 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, 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

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”.

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 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. 81), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS 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 COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (18 de septiembre de 1995, fl. 81), 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, 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 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.

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 en estricto sentido, las AFP'S COLFONDOS, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se revocará la decisión en este aparte de la sentencia, para elevar condena contra dichas entidades.

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,

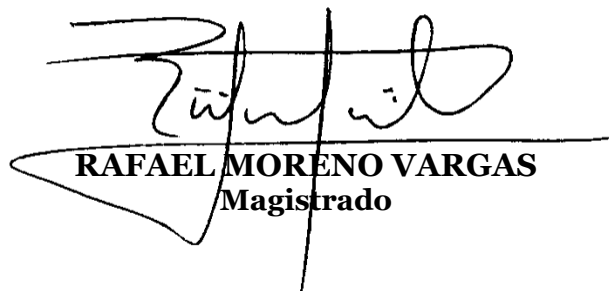
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, **CONDENAR** en costas de primera instancia a las accionadas **PORVENIR, COLFONDOS Y COPLENSIONES**, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. En lo demás se confirma.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

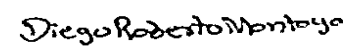
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RICARDO AUGUSTO TORRES DIAZ contra COLPENSIONES, AFP'S OLD MUTUAL, COLFONDOS Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-030-2019-00459-01.

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 de las accionadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de marzo de 2021. De igual modo, revisarla en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **RICARDO AUGUSTO TORRES DIAZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en tanto no fue precedida por una información veraz y completa a la hora de efectuar el traslado. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y OLD MUTUAL S.A., trasladar la totalidad de los aportes y rendimientos al RPMPD administrado por COLPENSIONES, quien deberá recibir los montos trasladados y reactivar su afiliación. 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 29 de junio de 1956, e inició a cotizar en el RPMPD, en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales —ISS hasta 1994, año en el cual efectuó el traslado al RAIS, mediante la afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.; indicando que el fondo privado no le brindó la información adecuada y completa, pues solo se refirió a las ventajas del

traslado, guardando silencio sobre las desventajas y las diferencias entre los diferentes regímenes pensionales. Expuso que estuvo vinculado a COLFONDOS desde 1995 hasta 2011, fecha en la cual se afilió a OLD MUTUAL, no obstante, los fondos omitieron información sobre las incidencias del cambio de régimen y del funcionamiento del RAIS. Explicó que en 2019 solicitó de forma verbal una proyección pensional a OLD MUTUAL quien le indicó que su mesada en el RAIS sería menor a la que recibiría en el RPMPD. Finalmente, manifestó que el 08 de marzo de 2019 agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES (Fls. 27 a 44).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP OLD MUTUAL 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 afiliación del demandante goza de plena validez, toda vez que los traslados de AFP no adolecen de vicio en el consentimiento alguno y fueron actos voluntarios. Aseveró que la selección del régimen es una decisión libre y voluntaria del demandante y que en señal de ello suscribió el formulario de afiliación. Explicó que el actor provenía de otra AFP, por lo que ya conocía el funcionamiento y características del RAIS, máxime cuando recibió una información cierta, suficiente y oportuna por parte de OLD MUTUAL. Agregó que los funcionarios de la AFP están capacitados para brindar la información veraz y completa sobre el RAIS, aunado a que, no es suficiente considerar que se le debió informar sobre puntos adicionales para alegar la existencia de un error o mala asesoría, puesto que decidió afiliarse al fondo privado y manifestó que estaba conforme con la información suministrada. 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. 100 a 107).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que no se demostró la vulneración al derecho de libre escogencia de régimen del demandante, contrario sensu, los traslados horizontales demuestran que el traslado de régimen fue efectuado de manera libre y voluntaria. Arguyó que no se vulneró el derecho a la información del demandante, toda vez que el asesor del fondo privado le brindó una información completa, aunado a que el Instituto de Seguros Sociales-ISS respetó su voluntad de trasladarse de régimen. Resaltó que el desconocimiento de la ley no es excusa, por lo que era obligación del actor conocer o indagar sobre los beneficios de la norma que pretende sea aplicada a su caso, así como debió conocer la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. Expuso que el accionante no es beneficiario del régimen de

transición, es decir que el traslado de régimen no provocó una pérdida de beneficios o derechos, así como era imposible realizar una proyección, en tanto la ley que cobija su situación pensional surgió con posterioridad al traslado. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 137 a 147).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, el traslado de régimen obedeció al derecho de libre escogencia del demandante, precisando que los asesores del fondo le brindaron una asesoría integral y completa sobre las implicaciones del cambio de régimen, incluyendo las características y diferencias entre cada régimen. Concluyó que no es dable declarar la ineficacia del traslado, por cuanto la afiliación cumplió con los requisitos de ley y por ello, el demandante suscribió el formulario de afiliación, sin mediar presión o coacción alguna. Formuló 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. 148 a 160).

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que, el demandante se afilió a PORVENIR el 30 de agosto de 2002, por lo que el traslado de régimen se efectuó a través de la AFP COLFONDOS en 1995. Aseveró que cumplió el deber de información conforme a la normatividad vigente para el momento del traslado, con el fin de que el demandante decidiera de forma libre, voluntaria y sin presiones, el régimen más beneficioso para sus intereses. Arguyó que no es procedente ordenar la afiliación del actor al RPMPD, toda vez que no allegó prueba alguna sobre las razones de hecho que fundamentan la ineficacia de la afiliación al RAIS. 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. 207 a 232).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 18 de marzo de 2021; declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del RPMPD, al RAIS mediante HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 01 de septiembre de 1994. En consecuencia, condenó a OLD MUTUAL a devolver a

COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos y gastos de administración, debidamente indexados, así como PORVENIR y COLFONDOS deberán trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES actualizar la historia laboral del accionante, una vez reciba los traslados.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que el afiliado haya recibido una información amplia y completa sobre las implicaciones de su decisión. Preciso que no basta con que el fondo entregue la información al afiliado, sino que debe demostrar en juicio que cumplió con tal deber, aclarando que el formulario de afiliación no es suficiente para tal fin, dado que no acredita la existencia de un consentimiento informado. En ese orden, señaló que, conforme al Código Civil, el consentimiento del actor se vio afectado por el dolo, dado que la AFP debió actuar si quiera con la mínima diligencia posible, máxime cuando su función no solo es administrar correctamente sus negocios sino también brindar a los afiliados toda la información que se requiera para que su consentimiento no sea viciado. Por lo anterior, concluyó que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información, pues los comunicados allegados no dan cuenta de que el actor recibió la información completa, veraz y oportuna, aunado a que no puede darse por satisfecho el deber de información solo con una expresión genérica, sino que deben documentar de forma detallada las asesorías brindadas. Manifestó que los traslados horizontales no subsanan el traslado de régimen y que los términos de prescripción laboral y civil no afectan el derecho a la pensión por estar ligado al derecho fundamental a la seguridad social.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, apeló la decisión, argumentando que la afiliación del demandante fue libre y voluntaria, por lo que la AFP respetó el derecho de libertad de selección de régimen pensional del mismo. Aseveró que al tenor del artículo 1506 del Código Civil, el actor tenía plena capacidad para celebrar el acto jurídico, por lo que no es procedente la declaratoria de ineficacia. Resaltó que no existió error, fuerza o dolo, en tanto la AFP respetó la normatividad vigente para el momento del traslado y nunca violó el derecho pensional del demandante, ni tuvo la intención de causar daño alguno. Arguyó que el demandante no cumplió con sus obligaciones como consumidor financiero, dentro de las cuales está buscar esa información. Aclaró que la única inconformidad del demandante es el monto pensional que recibiría en el RAIS, no obstante, ese factor no vicia el consentimiento, máxime cuando las prestaciones de ambos regímenes no son comparables, pues tienen requisitos de causación diferentes. Agregó que el demandante desplegó una

multiplicidad de actos de relacionamiento, tales como recibir los extractos mensuales, efectuar traslados horizontales y no manifestar inconformidad alguna, lo que permite colegir su voluntad de permanecer en el RAIS. De otro lado, solicitó se modifique la devolución de gastos de administración, toda vez que son emolumentos con una destinación específica según la ley, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, pues las sumas fueron invertidas y no se encuentran en su poder. Preciso que los gastos de administración fueron destinados a cubrir los gastos que implican una buena administración de su cuenta de ahorro individual. Añadió que el demandante se benefició de los rendimientos financieros que generó la AFP con su labor, por lo que no es procedente que también se beneficie de los gastos de administración, aún más cuando la entidad no tiene aportes ni dineros del mismo.

El apoderado judicial de la **AFP COLFONDOS** presentó recurso de apelación, con el fin de que se revoque la condena en costas y la devolución de gastos de administración, argumentando para ello que la devolución de gastos de administración se torna un resarcimiento de daños y perjuicios, situación que no se discutió, ni se acreditó. Arguyó que los gastos de administración corresponden a un descuento legal con destinación específica en ambos regímenes, esto es, un porcentaje para el seguro el seguro previsional de invalidez o sobrevivencia, y otro porcentaje para la gestión de inversión que se efectúa para generar los rendimientos financieros. Aseveró que las consecuencias de la nulidad se asemejan a las de la ineficacia, no obstante, a su juicio, la condena no tuvo en cuenta algunos efectos de tal fenómeno, pues el demandante no tendría derecho a los rendimientos recibidos, así como la AFP no tiene derecho a percibir los gastos de administración. Añadió que la condena constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y el demandante, más aún cuando la AFP siempre actuó conforme a la ley y generó buenos rendimientos financieros. Manifestó que con la devolución de gastos de administración se está cubriendo más del 100% de la financiación de su pensión en el RPMPD. Aclaró que la AFP no tiene ningún aporte del demandante porque trasladó todo cuando se afilió a otro fondo privado, por lo que no adeuda nada. Recordó que los gastos de administración son de tracto sucesivo, por lo que al no existir reclamación alguna dentro de los tres años siguientes a su causación se encuentran prescritos, máxime cuando no son parte de la cuenta de ahorro individual del demandante, así como tampoco entran a la cuenta común de COLPENSIONES porque no son destinados a cubrir la pensión. Finalmente, solicitó que se revoque la condena en costas y agencias en derecho, ya que son excesivas teniendo en cuenta que la AFP siempre actuó de buena fe.

El apoderado judicial de la **AFP OLD MUTUAL** apeló la decisión en torno a la devolución de gastos de administración y condena en costas, argumentando que según la Ley 100 de 1993, el afiliado cotiza sobre el 13,5% por lo que el 3% se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro y el seguro de invalidez y sobrevivientes. Aseveró que la Superintendencia Financiera estableció que al declarar la ineficacia sólo procede la devolución de los aportes, los rendimientos generados y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por lo que no hay sustento legal para ordenar el traslado al RPMPD de los gastos de administración, la prima de seguro y los seguros de invalidez y sobrevivientes. Resaltó que no es procedente la devolución de los gastos de administración porque se utilizaron en la cuenta de ahorro individual del demandante. Finalmente, solicitó se exonere de la condena en costas, en tanto, la línea jurisprudencial de la CSJ ha establecido que se debe exonerar de pago de costas a las AFP, más aún cuando la AFP no participó en el traslado de régimen.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión argumentando que se desconoció que el deber de información ha tenido varias etapas, por lo que el análisis de la información brindada debió efectuarse bajo la normatividad vigente para el momento del traslado, esto es, el Decreto 662 de 1994, el cual estipuló que se debía suscribir el formulario de afiliación que contenía una expresión de que la afiliación era libre y voluntaria. Señaló que no es jurídicamente válido imponer a las AFP obligaciones no vigentes para el momento del traslado, porque se desvirtúan los principios de confianza legítima, de legalidad y debido proceso. Agregó que juzgar bajo normas no vigentes, viola el debido proceso de COLPENSIONES porque es quien asume las consecuencias de la ineficacia del traslado. Señaló que la entidad cumplió la norma vigente para el momento del traslado y que el actor ratificó su deseo de permanencia en el RAIS porque se afilió con diferentes fondos del régimen privado, convalidando su deseo de permanencia.

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 PORVENIR S.A. presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su turno, la parte actora allegó alegaciones de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo introductorio del proceso, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. 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.

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 11 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 29 de junio de 1956, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 08 de marzo de 2019 (fl. 10), 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 109.43 semanas cotizadas al ISS, equivalentes a 2 años, 1 mes y 16 días (CD fl. 274), 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 septiembre de 1995, según información registrada en ASOFONDOS dado que no se aportó formulario de afiliación a COLFONDOS para esa fecha, mucho menos de la AFP PORVENIR donde se registran cotizaciones a partir del año 1994 (fl.s 234 y 235, 237 y 253).

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., inclusivo 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 (26 de septiembre de 1995, Fls, 234 y 235), no fue aportado siquiera el formulario de afiliación, ya se para el caso de PORVENIR donde se registran cotizaciones para el año 1994, ni por parte de COLFONDOS que es la entidad con la que se registra el traslado según ASOFONDOS,

de tal forma que no existe medio probatorio alguno 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 las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, las AFP demandadas COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen, 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 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).

Desde luego que, 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 causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, 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 del demandante.

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 la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, 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 se trató de traslados 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 afiliado.

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 se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, 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 en estricto sentido las AFP recurrentes, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirma la decisión en este aparte de la sentencia.

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,

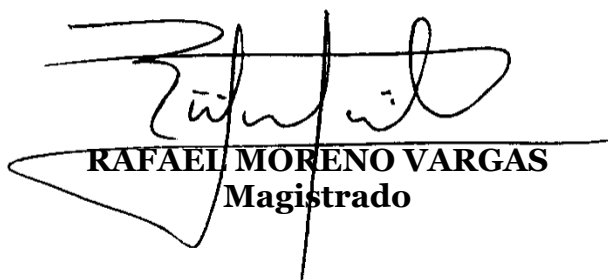
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR en ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar 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
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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JAIME ANTONIO TORRES PLITT contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN. Rad. 110013105-035-2019-00110-01.

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 partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 27 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

El ciudadano **JAIME ANTONIO TORRES PLITT** a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**, con la finalidad que se declare que existió un contrato de trabajo desde el 01 de febrero de 1996, el cual terminó el 07 de julio de 2016, con ocasión al despido de manera injusta; en consecuencia se condene a pagar a la demandada las cesantías correspondientes a todo el periodo comprendido en la relación laboral, junto con sus intereses; así como a la sanción legal por el no pago de las mismas, como de la indemnización consagrada en la Ley 50 de 1990; en el mismo sentido solicitó se condene al pago por concepto de vacaciones por el mismo periodo, como de las primas legales causadas, igualmente se condene por el no pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales causados durante todo el periodo laborado, así mismo se condene al pago de un día de salario por cada día de retardo, a partir del 07 de julio de 2016 hasta la fecha de la presentación de la demanda, esto es, por 940 días; como a la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de igual modo se condene

al pago por concepto de salario mensual, desde el 7 de marzo de 2016 hasta el 7 de julio de 2016, es decir los últimos 5 meses de salario dejados de cancelar. Finalmente se condene a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que ingresó a laborar como docente de tiempo completo, bajo la continua subordinación y dependencia para la Fundación San Martín el 01 de febrero de 1996 con un salario mensual de \$3.031.875, suscribiendo un contrato de trabajo por periodos semestrales e ininterrumpidos desde el 01 de febrero de 1996, que culminó el 7 de julio de 2016 por voluntad unilateral del empleador, argumentando dificultades financieras y académicas; precisó que la demandada no canceló ninguna de las obligaciones relativas a la seguridad social y riesgos profesionales, sin embargo resaltó que siempre le descontaron dichos ítems de su salario, sin recibir ningún beneficio; comentó que al momento del despido devengaba un salario por valor de \$2.854.815, el cual, no fue cancelado los últimos 5 meses (fls. 28 a 31).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderado judicial, la Fundación Universitaria San Martín, contestó la demanda, manifestando su oposición a las pretensiones, toda vez que entre las partes existieron diferentes vínculos laborales con duración por periodo académico, siendo estos autónomos e independientes uno del otro, del mismo modo, precisó que la primera relación suscrita entre las partes, no inició para el año 1996, sino desde 2001 como lo indican las certificaciones laborales que reposan dentro del expediente; que culminó el 07 de julio de 2016, por vencimiento del periodo académico, al ser este un contrato de docente; recalcó que le canceló al accionante las prestaciones sociales y demás acreencias laborales. De otra parte, resaltó que ya que existieron diferentes vínculos laborales de docente, por duración de periodo académico, los cuales culminaron antes del 14 de febrero del año siguiente, no tenía la obligación de consignar las cesantías que semestralmente se presentaban dentro de un fondo de cesantías; así mismo destacó que canceló la liquidación final de prestaciones sociales durante los contratos laborales de docente, en especial lo correspondiente al año 2016, actuando de buena fe; concluyó que la demanda se presentó luego de haber transcurrido más de 24 meses de haber culminado la relación laboral, por lo que no procede la condena en la forma pretendida. Propuso como excepciones las de «buena fe», «cobro de lo no debido», «compensación», «prescripción» (Expediente digital CONTESTACIÓN FUSM JUZ 35 RAD 2019-110-1 copia, folio 01 a 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 27 de abril de 2021, declaró que entre el señor Jaime Torres y la Fundación Universitaria

San Martín existieron varias relaciones laborales regidas por contratos de trabajo del tipo de los enunciados en el artículo 101 del código sustantivo de trabajo, con los siguientes extremos temporales: entre el 01 de febrero de 2001 al 30 de mayo de 2001, del 04 de febrero de 2002 al 30 de mayo de 2002, del 26 de julio de 2004 al 16 de noviembre de 2004, del 25 de julio de 2005 al 12 de noviembre de 2005, del 15 de enero de 2008 al 15 de diciembre de 2008, del 28 de julio de 2008 al 15 de diciembre de 2008, del 15 de enero de 2009 al 15 de diciembre de 2009, del 15 de enero de 2010 al 15 de junio de 2010, del 11 de enero de 2011 al 11 de junio de 2011, del 23 de enero de 2012 al 23 de junio de 2012, del 23 de julio de 2012 al 23 de diciembre de 2012, del 16 de enero de 2013 al 16 de junio de 2013, del 10 de julio de 2013 al 25 de diciembre de 2013, del 15 de enero de 2014 al 16 de diciembre de 2014, del 04 de mayo de 2015 al 04 de septiembre de 2015, del 24 de agosto de 2015 al 23 de diciembre de 2015, del 08 de febrero de 2016 al 07 de julio de 2016.

Condenó a la demandada a pagar el cálculo actuarial que expida la administradora de fondo pensional a la que se encuentre afiliado el accionante en el término que ella estipule, para los periodos comprendidos por el segundo semestre de 1996, del 15 de enero de 2008 al 15 de diciembre de 2008, 28 de julio de 2008 al 15 de diciembre de 2008, 15 de enero de 2009 al 15 de diciembre de 2009, 15 de enero de 2010 al 15 de junio de 2010, 11 de enero de 2011 al 11 de junio de 2011, 23 de enero de 2012 al 30 de mayo de 2012, 23 de julio de 2012 al 23 de diciembre de 2012, 16 de enero de 2013 al 16 de junio de 2013, 10 de julio de 2013 al 25 de diciembre de 2013 y del 15 de enero de 2014 al 16 de diciembre de 2014. Así mismo condenó a la Fundación Universitaria San Martín, a pagar a favor del accionante el señor Jaime Antonio Torres Plitt, por concepto de cesantías la suma de \$428.222, intereses a las cesantías la suma de \$21.411. por concepto de prima de servicios la suma de \$1.189.506, por vacaciones la suma de \$594.753, debidamente indexada; frente a los salarios la suma de \$14.274.075; absolvió a la accionada de las demás pretensiones incoadas, costas a cargo de la demandada por \$500.000.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que el accionante manifestó que se vinculó el 01 de febrero de 1996 por contrato de trabajo por periodo semestral en el cargo de docente hasta el 7 de julio de 2016, sin embargo, la demandada insistió en que existieron diferentes contratos académicos y que finalizó por el cumplimiento de estos, que ocupó el cargo de docente de tiempo completo en la facultad de medicina veterinaria y zootecnia de la accionada, desde 8 de febrero de 2016 al 7 de julio de 2016, con una asignación básica mensual de \$2.854.815, precisó que en el folio 12 del expediente se encontró certificación de la fundación universitaria, donde se aclara que el accionante prestó sus servicios desde el segundo semestre del año 2016 mediante contrato por periodo académico como docente, y para el año 2012 fecha de expedición

de esas certificación, devengaba un salario de \$3.031.875, sin embargo se observan algunas interrupciones temporales. Así resaltó, que el accionante se desempeñó como docente conforme el artículo 101 del CST, según el cual, la duración del contrato de trabajo se entiende celebrado por el año escolar salvo estipulación en contrario; a su vez precisó que según la Ley 30 de 1992 las instituciones privadas de educación superior pueden vincular profesores por horas cuando su carga docente sea inferior a la de un profesor de medio tiempo en la misma universidad; en este sentido aclaró, se presentaron varios contratos de trabajo y si bien la accionada se opuso a la expedición de la certificación a folio 12 en el cual se evidencia que el demandante prestó sus servicios desde el segundo semestre del año 1996, conforme la sentencia SL516 de 2021 la sala laboral de la corte suprema de justicia reiteró que se debe tener como hecho cierto cualquier constancia que se expida por el empleador, ya sea por el tiempo de servicios y salarios. De otra parte, resaltó que a folio 13, existe certificación donde se resaltan las temporalidades donde el actor prestó sus servicios en esa institución del 1 de febrero de 2001 en adelante, del mismo modo, resaltó que en el 2003 no aparece contrato de trabajo, por tanto, halló probada la existencia del contrato de trabajo en diferentes extremos.

En cuanto a los aportes a seguridad social en pensiones, riesgos laborales y salud en los periodos comprendidos entre el 01 de julio de 1996 al 7 de julio de 2016, precisó que el demandante al haber tenido varias vinculaciones, la universidad tenía la carga de probar que efectuó las cotizaciones, así, encontró del reporte de las semanas cotizadas, que aparecían cotizaciones en la cuenta del ex trabajador entre el 01 de febrero de 2001 al 31 de mayo de 2006 y del 1 de junio de 2012 al 30 de junio de 2012 y certificaciones en línea de mayo de 2015 a agosto de 2016, conforme a lo cual, determinó que la demandada cumplió con la carga en los periodos mencionados, sin embargo no había ocurrido lo mismo en los periodos comprendidos del segundo semestre del año 1996, del 15 de enero del año 2008 al 15 de diciembre de 2008, del 15 de enero de 2009 al 15 de diciembre de 2009, del 15 de enero de 2010 al 15 de junio de 2010, del 11 de enero de 2011 al 11 de junio de 2011, del 23 enero de 2012 al 30 de mayo de 2012 del 23 de julio de 2012 al 23 de diciembre de 2012, del 16 de diciembre de 2013 al 16 de junio de 2013, del 10 de julio de 2013 al 25 de diciembre de 2013, del 15 de enero de 2014 al 16 de diciembre de 2014, teniendo en cuenta lo anterior, halló viable la condena por el el cálculo actuarial por estos periodos. En relación con las cesantías y primas, resaltó que sólo se demostró el pago del año 2014, por tanto consideró procedente el pago de todos los años en los que duró la relación laboral exceptuando el 2014; frente a la prescripción precisó que deben contarse 3 años a partir que se hace exigible la respectiva obligación y toda vez que la demanda se presentó el 7 de febrero de 2019 se encuentran cobijadas por el fenómeno prescriptivo las acreencias laborales anteriores al 6 de febrero de 2016;

respecto de las cesantías del año 2016 aseveró que el contrato de trabajo que se demostró en el presente proceso, terminó antes de que fuera exigible al empleador las obligaciones de consignar las cesantías al correspondiente fondo, toda vez que la relación laboral terminó el 7 de julio de 2016, al no encontrar prueba que acreditara el pago de la misma había lugar a su pago. En cuanto las vacaciones señaló que se debía realizar la compensación en dinero por el año cumplido de servicios o proporcionalmente habían lugar a ordenar su pago; en cuanto a salarios de marzo a julio 2016 como la accionada tenía la obligación de probar que pagó eso rublos y no lo hizo, había lugar a condena por los meses de marzo a julio 2016 en cuantía de \$2.864.815 mensuales de conformidad con el contrato de trabajo a folio 63; respecto a la sanción moratoria del artículo 65 del CST precisó se debía analizar la buena fe de la demandada, denotando que el actuar de esta al sustraerse del pago de sus obligaciones laborales frente a sus trabajadores con la clara voluntad de fraguar los intereses del demandante circunstancia que demuestra la mala fe de la entidad, sin embargo resaltó que mediante Resolución 1702 de 2015 del Ministerio Educación Nacional se adoptó como medida de salvamento la suspensión de pagos de las obligaciones de la fundación Universitaria San Martín, causados hasta la fecha en que se profirió dicha resolución, por lo anterior, explicó que no había lugar al cálculo de la indemnización como quiera que la terminación del vínculo fue posterior a la adopción de la medida de salvamento de la fundación Universitaria demandada, por lo que dio aplicación a la indexación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandada apeló la decisión, indicando frente a los extremos contractuales que si bien es acertada la conclusión de que existieron varios contratos de carácter docente conforme al artículo 101 del CST, no compartía especialmente el vínculo contractual alegado para el año 1996; aunado a lo anterior, señaló que si bien es cierto se estableció el fenómeno prescriptivo, solicitó se verifique la condena respecto a la prima de servicios, ya que el valor de la prima debería ascender a la misma condena de las cesantías, esto es, \$428.222. En el mismo sentido resaltó que conforme la Ley 1740 y la resolución 1702 del 10 de febrero 2015 en las cuales se estableció la imposición del no pago de las obligaciones que se hubieran causado en cabeza de la fundación Universitaria San Martín se desvirtuó la mala fe, por tanto no había lugar a los intereses moratorios; y en consecuencia la imposición de condena en ese sentido, teniendo en cuenta las pruebas en las que se reflejan los pagos realizados; solicitó se verifique las condenas impuestas incluidos los conceptos por salarios.

A su turno el apoderado judicial de la parte accionante interpuso recurso de apelación en lo referente a los términos de prescripción planteados en la sentencia,

argumentando para tal efecto, que no opera el fenómeno de la prescripción en la medida en que ha habido una continuidad en todos los contratos suscritos, de tal suerte que no hay modo de pensar que haya habido una prescripción, sino por el contrario se genera una interrupción de la prescripción respecto de los sueldos, cesantías y demás acreencias laborales a que tiene derecho el demandante, insistió que la prescripción es inoperante frente a los salarios que dejaron de ser cancelados por la parte demandada, no sólo los comprendidos en el período de febrero a junio de 2016, sino también la totalidad de los salarios que no canceló la fundación Universitaria San Martín durante los años 2014 y 2016; de otra parte, resaltó que la accionada no presentó pago de aportes a seguridad social como tampoco el pago de los aportes a pensiones entre los períodos del primero de mayo 2006 al primero de junio de 2012. Lo anterior, solicitando incluso que se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

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 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 es procedente la absolución pretendida por la demandada en lo que respecta al vínculo contractual laboral alegado para el año 1996, así como verificar si le asiste razón en lo atinente a la buena o mala fe alegada, con relación a la presunta condena por intereses moratorios; así mismo, si hay lugar o no a modificar el valor de la condena por concepto de prima de servicios; de igual modo, verificar si son procedentes las demás condenas impuestas incluidos los conceptos por salarios. Finalmente, estudiar la procedencia del pago de aportes a pensión, por los períodos del 1° de mayo 2006 al 1° de junio de 2012 si y se configuró o no la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver los anteriores problemas jurídicos, destaca la Sala que no fue objeto de reproche por ninguna de las partes en juicio, la declaratoria por el Juez de instancia de los diferentes contratos de trabajo celebrados entre las partes donde el demandante desempeñó labores de docente, por los periodos académicos desarrollados entre el 01 de febrero de 2001 al 30 de mayo de 2001, del 04 de febrero de 2002 al 30 de mayo de 2002; del 26 de julio de 2004 al 16 de noviembre de 2004; del 25 de julio de 2005 al 12 de noviembre de 2005, del 15 de enero de 2008 al 15 de diciembre de

2008, del 28 de julio de 2008 al 15 de diciembre de 2008, del 15 de enero de 2009 al 15 de diciembre de 2009, del 15 de enero de 2010 al 15 de junio de 2010, del 11 de enero de 2011 al 11 de junio de 2011, del 23 de enero de 2012 al 23 de junio de 2012, del 23 de julio de 2012 al 23 de diciembre de 2012, del 16 de enero de 2013 al 16 de junio de 2013, del 10 de julio de 2013 al 25 de diciembre de 2013, del 15 de enero de 2014 al 16 de diciembre de 2014, del 04 de mayo de 2015 al 04 de septiembre de 2015, del 24 de agosto de 2015 al 23 de diciembre de 2015 y del 08 de febrero de 2016 al 07 de julio de 2016. Así como el salario devengado en cada contrato de trabajo, vínculos contractuales que también pueden apreciarse de las certificaciones vistas a folios 13 y expediente digital, archivo «CONTEStac», págs. 19 a22, así como de los contratos obrantes en las págs. 23 a 56, entre otras documentales aportadas.

Ahora bien, para resolver el primero de los reparos formulados contra la sentencia de primer grado, esto es, si hay lugar a declarar el vínculo contractual por el segundo período académico del año 1996, encuentra la Sala a folio 12 reposa certificación laboral de fecha 06 de febrero de 2012, expedida por el Director de Recursos Humanos de la Fundación Universitaria San Martín, donde se certifica que, «*el doctor JAIME ANTONIO TORRES PLITT, Identificado (a) con la Cédula de Ciudadanía No. 19.485.519 de Bogotá, presta sus servicios en esta Institución desde el 2º. Semestre de 1996, mediante contratos por períodos académicos como Docente Tiempo Completo en la Facultad de Medicina Veterinaria y Zootecnia. Actualmente devenga la suma de TRES MILLONES TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE. (\$3.031.875.00)*».

Conforme a dicho documento, en armonía con lo dispuesto en los artículos 22, 24 y 101 del CST, es fácil concluir que se tiene acreditado que el demandante efectivamente prestó sus servicios personales en favor de la entidad accionada; sin que lo descrito en dicha certificación haya sido desvirtuado, es más, tampoco fue desconocida y/o tachada por la accionada. En todo caso, resulta importante señalar que, frente al tópico de la validez de las certificaciones expedidas por el empleador, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que los derechos en ellas contenidos deben reputarse como ciertos, a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad (CSJ SL6621-2017 que reitera el criterio expuesto en los fallos CSJ SL8360-1996, CSJ SL, 23 sep. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393 y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, CSJ SL14426-2014 y CSJ SL2745-2018).

Aunado a lo anterior, en la sentencia CSJ SL2600-2018, la Alta Corporación además de precisar que los documentos emanados de los empleadores donde conste las

características de la relación laboral y se comprometa su responsabilidad, se presumen ciertos, dijo lo siguiente:

*«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)».*

En ese orden, al no verificarse una labor demostrativa y persuasiva sólida que le incumbía agotar al empleador aquí demandada para desvirtuar la certificación que expidió, se concluye su validez y por tanto debe confirmarse lo decidido en primer grado, en torno a que el actor laboró para el segundo periodo académico del año 1996.

PRESCRIPCIÓN

Previo a verificar las inconformidades relacionadas con las acreencias objeto de condena, se hace necesario establecer si se configuró o no la excepción de prescripción en los términos mencionados por la parte recurrente por activa. Para tal efecto, se habrá de remitir esta Sala de Decisión a lo dispuesto por los artículos 488 del CST y 151 CPTSS, los cuales, con relación al término extintivo de la acción sobre los derechos laborales, los cuales indican que prescribe en el término de tres años, contados a partir del momento en que se hayan hecho exigibles las respectivas obligaciones. Asimismo, dispone el artículo 489 del CST, que el simple reclamo escrito del trabajador, 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.

Acorde con lo anterior, se debe indicar que las referidas normas en las que se debe apoyar la decisión al respecto, establecen un término prescriptivo trienal y es claro que el mismo se aplica para la reclamación de los derechos sociales que dichos estatutos regulan y que son objeto de demanda en esta jurisdicción; en tal sentido transcurrido este tiempo de tres años, sin que se ejerza el derecho de acción ni se interrumpa la prescripción, el derecho se extingue por ese fenómeno.

En el caso de marras, se tiene que la parte actora si bien citó a la accionada a diligencia de conciliación laboral ante el Ministerio de Trabajo, el 12 de abril de 2016, lo cierto es que allí se dejó constancia de la no comparecencia por parte de la institución Universitaria, por lo que, con dicho acto no es posible tener como interrumpido el término prescriptivo en los términos del artículo 489 del CST, en concordancia con el artículo 151 del CPTSS, de esa manera, debe tomarse como tal como la fecha de

presentación de la demanda, que lo fue el 07 de febrero de 2019 (fl. 25), concluyéndose que se encuentran prescritas las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 07 de febrero de 2016, a excepción de las cesantías del último contrato, puesto que dicha prestación resulta exigible en su totalidad al momento en que finalizaba cada uno de los contratos, en este caso, el último de ellos finalizó el 07 de julio de 2016, esto, conforme se ha determinado por la H. Sala Laboral de la CSJ, criterio pacífico, citando a modo de ejemplo la sentencia CS SL6552 de 2016. Las prestaciones derivadas de los contratos finalizados con anterioridad al 07 de febrero de 2016 evidentemente se encuentran prescritas, pues se hicieron exigibles una vez culminaron dichos contratos, con excepción de las vacaciones causadas con ocasión de los que finalizaron el 04 de septiembre de 2015 y el 23 de diciembre de 2015, en tanto y en cuanto, su exigibilidad se hacía hasta los meses de septiembre de y diciembre de 2016. En ese contexto se procede a realizar las operaciones matemáticas para verificar los valores adeudados por concepto de prestaciones sociales y acreencias objeto de condena:

2015: 04/05/2015 al 04/09/2015					
VACACIONES			INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones	Días Trabajados	Salario	Intereses cesantías
121	\$2.854.815	\$479.767,52	150	\$2.854.815	\$142.740,75
2015: 24/08/2015 al 23/12/2015					
VACACIONES			PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	Salario	Valor vacaciones	Días Trabajados	Salario	Valor Prima
120	\$2.854.815	\$ 475.802,50	150	\$2.854.815	\$1.189.506,25
2016: 08/02/2016 al 07/07/2016					
CESANTIAS			VACACIONES		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías	Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
150	\$2.854.815	\$1.189.506	150	\$2.854.815	\$594.753,13
RESUMEN DEL CÁLCULO (2da instancia)			Vs.		
CESANTIAS	\$	1.189.506	RESUMEN DEL CÁLCULO (1ra instancia)		
INTERESES A LAS CESANTÍAS	\$	142.741	CESANTIAS	\$	428.222
PRIMA DE SERVICIOS	\$	1.189.506	INTERESES A LAS CESANTÍAS	\$	21.411
VACACIONES	\$	1.550.323	PRIMA DE SERVICIOS	\$	1.189.506
TOTAL	\$	4.072.076,40	VACACIONES	\$	594.753
			TOTAL	\$	2.233.892,00

Como puede verse, resultó más favorable la liquidación efectuada en esta instancia y contrario a lo que indicó el recurrente por pasiva, lo que debió ser efectivamente igual a las cesantías fue la prima de servicios, no obstante, tal valor no se modificará porque la parte actora no presentó objeción alguna al respecto, siendo el único apelante en este puntual aspecto la parte accionada, incluyendo lo relativa a los intereses de las cesantías. Por el contrario, se modificará el valor de las vacaciones, dado que sí quedó cobijada con la apelación relacionada con la excepción prescripción que alegó la parte demandante. Lo demás quedará igual, por no ser objeto de apelación.

Por otro lado, en lo que refiere al pago de salarios por los años 2014 a 2016, que alega la parte actora, debe decirse, sin necesidad de mayores elucubraciones, que no tiene vocación de prosperar en tanto y en cuanto, su pretensión inicial estuvo dirigida únicamente a reclamar precisamente los últimos cinco meses de salario del contrato celebrado entre febrero y julio de 2016 y así lo afirmó en el hecho que fundamentó tal petición (pretensión No. 12 y hecho No. 7), y a ello se contrajo precisamente el objeto del litigio y el debate probatorio, sin que en esta instancia sea dable dar aplicación a las facultades ultra y extra petita, al estar reservadas por ley solo al juez de primera o única instancia (CPT y SS, artículo 50).

En efecto, las facultades ultra y extra petita corresponden exclusivamente al Juez Laboral de única y de primera instancia (Artículo 50 CST), dejando vetada esta facultad a este Juez Colegiado, tal y como se expuso en Corte Constitucional en la Sentencias C-662 de 1998, y por parte de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 14381 de 2000, 22862 de 2004, 46274 de 2011, 43673 de 2013, y 38010 de 2014.

Aunado a lo anterior, se debe recordar que no es posible la aplicación forzosa y automática de las facultades ultra y extra petita por parte del Juez Laboral de primera instancia, toda vez que si bien las mismas atañen a que se pueda otorgar derechos no pedidos o más allá de los pedidos, ello no redundaría en tener en cuenta hechos no invocados en el libelo genitor, es decir, una cosa es que el Juez laboral pueda otorgar más derechos u otros diferentes a los pedidos, pero con fundamento en la causa petendi o sustento fáctico en que se fundan las pretensiones de la demanda, y otra, muy distinta, es que en el curso del proceso y solo hasta la formulación del recurso de apelación se invoque una causa petendi diferente con base en unos hechos nuevos de los que no se pudo pronunciar, en oportunidad, la parte contra la que se oponen.

Debe tenerse en cuenta, que en todo caso la facultad extra y ultra petita, **no puede vulnerar el derecho de defensa y debido proceso de la parte a quien desfavorece**, que no es otro que el empleador demandado, y es por eso, que el legislador ha condicionado su procedencia **a que los hechos en que se fundamenta el reconocimiento del derecho no pedido**, previamente tuvieron que haber sido **debatidos** dentro del proceso, y además, se encuentren debidamente probados, siendo de esta forma que la parte demandada pueda controvertirlos, y en esa medida no se trata de hechos desconocidos para quien desfavorece la decisión, pues en su oportunidad pudo controvertirlos o exponer sus razones de defensa; de lo dicho, resulta irrefutable que un fallo extra o ultra petita no es sorpresivo, no se decide intempestivamente en el momento del fallo, sino que tiene un respaldo probatorio y

respetuoso del derecho de defensa y contradicción, consustancial al debido proceso del cual el Juez laboral es el principal garante, en los términos del actual artículo 48 del CPT y SS.

Aunado a lo anterior, esta excepción al principio de congruencia si bien puede desbordar el «*petitum de la demanda*»; no puede desviarse de la «*causa petendi de la demanda*», pues son los hechos la esencia del debate del proceso, y los hechos que son la causa de pedir es algo inherente o consustancial responsabilidad de las partes, de modo que para fallar extra y ultra petita, inclusive, el juez debe moverse dentro del panorama fáctico que le han delimitado o enmarcado las partes, en ese orden de ideas, si en principio, se admitiera que se tratan de hechos probados, estos no fueron debatidos en el juicio, pues la demandada no tuvo la oportunidad de controvertirlos con la contestación de la demanda y pedir pruebas con relación a los mismos, y menos aun existiendo la oportunidad de ventilarlos en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, en donde la parte actora tampoco lo hizo.

Con todo, las facultades ultra y extra petita son potestades del Juez de Primera y única instancia, que no constituyen una camisa de fuerza, y que para el caso particular de la segunda instancia no tienen cabida, tal y como lo ha dejado decantado pacíficamente la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes citadas. En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, en lo relativo al pago de salarios ordenados.

Ahora, en lo que refiere al pago de aportes a seguridad social en pensiones, por los periodos de mayo 2006 a junio de 2012, encuentra la Sala que no hubo vinculación laboral para los años 2006 a 2007, por lo que mal podría ordenarse dichos pagos como lo solicita la parte recurrente y en relación con los años 2008 a 2012 fueron objeto de condena por parte del a quo, de ahí que tal petición de no tenga vocación de prosperar y por ello se confirmará.

Finalmente, en lo que refiere a la buena fe para exonerarse del pago de intereses esgrimida por la accionada, encuentra la Corporación que no se fulminó condena alguna por tal concepto, por el contrario, el a quo adujo que no había lugar a la sanción contemplada en el artículo 65 del CST, por cuanto la terminación del vínculo fue posterior a la adopción de la medida de salvamento por parte del Ministerio de Educación Nacional en favor de la fundación Universitaria, de tal modo que no existe ningún tipo de interés para recurrir sobre una situación por la que no fue condenada. Corolario de lo expuesto, se modificará 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,

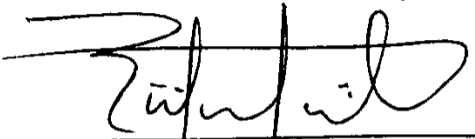
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL TERCERO** de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de precisar que el valor de la condena por concepto de vacaciones, asciende a la suma de \$1.550.323, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En lo demás se confirma la decisión.

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
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 junio de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ AMPARO
MOGOLLÓN DÍAZ contra JOSE MANUEL BALLEEN DÍAZ. 110013105-
001-2018-00633-01.**

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 Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **LUZ AMPARO MOGOLLÓN DÍAZ** a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare y condene a que JOSE MANUEL BALLEEN DÍAZ le adeuda cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios desde el 2012, así como la indemnización moratoria desde el día de la terminación del vínculo laboral. Finalmente, se condene al demandado a lo Ultra y Extra Petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que su cónyuge LUIS ENRIQUE HERRERA inició a trabajar con JOSE MANUEL BALLEEN DÍAZ el 12 de marzo de 2012, desempeñando el cargo de vendedor en el establecimiento de comercio «Almacenes Hermega», propiedad del demandado y devengando un salario mensual de \$1.000.000 de pesos. Explicó que el 18 de noviembre de 2017, su cónyuge renunció al cargo alegando una justa causa por el no pago de

prestaciones sociales desde el 2012, precisando que el accionado no efectuó el pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, comisiones y horas extras. Señaló que su cónyuge LUIS ENRIQUE HERRERA falleció en febrero de 2018, de modo tal que pretende cobrar las prestaciones sociales que no fueron pagadas a aquel. Manifestó que procreó dos hijos con el Señor Herrera, quien tuvo dos hijos más con otra persona (fls. 3 a 6 y 14-15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

JOSE MANUEL BALLEEN DÍAZ, dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no adeuda ningún emolumento a la demandante, y que en caso de acreditarse la existencia de una relación laboral con LUIS ENRIQUE HERRERA corresponde efectuar el pago a la sucesión o herederos. Expuso que la demandante no acreditó su calidad de cónyuge del señor LUIS ENRIQUE HERRERA, puesto que presentó un acta de matrimonio eclesiástico que no prueba que el acto haya producido efectos civiles. Aseveró que el causante era compañero permanente de ANA JOAQUINA ROMERO GODOY, quien podría tener derecho sobre las acreencias laborales pretendidas, teniendo en cuenta que es la beneficiaria de la sustitución pensional de aquel. Asimismo, adujo que el causante LUIS ENRIQUE HERRERA procreó cuatro hijos, quienes tienen vocación hereditaria y legitimación en la causa para reclamar lo pretendido. Arguyó que no existió una relación laboral con LUIS ENRIQUE HERRERA, dado que desempeñó el cargo de vendedor bajo un contrato de prestación de servicios sin subordinación, ni cumplimiento de horarios, ni salario. Añadió que no existió un vínculo laboral, teniendo en cuenta que el causante era pensionado, lo que impedía que cotizara al Sistema General de Pensiones, aunado a que padecía una enfermedad grave que le impedía mantener una relación laboral. Formuló como excepciones de mérito las de «falta de legitimación en la causa por parte de la demandante», «inexistencia de las obligaciones demandadas», «prescripción» y «excepción genérica» (fls. 21 a 28).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 13 de abril de 2021, absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que conforme al acervo probatorio el causante LUIS ENRIQUE HERRERA prestó servicio unos días en los

establecimientos de comercio del demandado, no obstante halló huérfano el plenario de pruebas que demostraran la periodicidad de esa prestación y los extremos de la misma. Resaltó que no se allegaron al proceso pruebas pertinentes, útiles y conducentes para probar la existencia de la relación laboral, pues tal como lo ordena la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral resulta inviable declarar lo pretendido bajo las aseveraciones de la parte actora, más aun teniendo en cuenta el principio de la carga dinámica de la prueba que impone a las partes el deber de probar los supuestos que producen el derecho que persigue, salvo cuando la parte contraria este en mejores condiciones de probar. Preciso que según el interrogatorio de parte del accionado, el causante nunca laboró para él y si lo hizo fue de forma esporádica, aclarando que cuando se acercaba al establecimiento de comercio lo hacía de forma voluntaria, lo que no permite entrever una relación laboral. Señaló que no se acreditaron los elementos de la relación laboral, de forma que ni siquiera es procedente presumir la existencia de un contrato de trabajo, dado que del material probatorio adosado no se puede deducir la existencia de una verdadera relación laboral. Explicó que el interrogatorio de parte de la demandante se enfocó en demostrar su calidad de cónyuge y posible vocación hereditaria, precisando que si bien es cierto aquella indicó que el causante fue padre de cuatro (4) hijos, esa situación no fue objeto de debate en el sub lite. Mencionó que no es posible aplicar el principio de la carga dinámica de la prueba porque la parte actora no ejerció la más mínima actividad encaminada a probar la existencia de una relación laboral. Agregó que, pese a que la parte actora solicitó decretar de oficio unas pruebas relacionadas con un proceso adelantado ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, la petición fue rechazada porque dicho proceso no guarda relación con las pretensiones del sub lite, toda vez que lo allí decidido corresponde a un reconocimiento pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la accionante inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, argumentando que se probaron los extremos del contrato laboral, toda vez que el demandado aceptó que le pagaba al causante \$30.000 pesos diarios pesos, corroborando la prestación personal del servicio, factor que permite presumir la existencia de subordinación y remuneración. Arguyó que al operar tal presunción corresponde al accionado desvirtuarla. En cuanto a los extremos temporales, aseveró que la relación laboral inició el 12 de marzo de 2012 y finalizó el 09 de noviembre de 2017 con la renuncia del causante. Manifestó que la demandante tuvo dos hijos con el causante, lo que confirma su convivencia con aquel. Señaló que el apoderado del accionado incurrió en un fraude procesal, toda

vez que faltó a la verdad al haber argüido que la sustitución pensional del causante fue otorgada a una persona diferente a la demandante, solicitando que se compulsen copias a la Fiscalía en su contra. Señaló que no es procedente la argumentar que el causante no podía tener una relación laboral, solo por el hecho de ser pensionado. Recordó que la parte accionada solo propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa y prescripción, empero, el a quo declaró la excepción de inexistencia de la obligación. Adujo que el in dubio pro operario es propio del derecho laboral, por lo que debió ser aplicado al sub lite. Resaltó que en la contestación a la demanda, específicamente en el folio 23, el accionado aceptó que el causante trabajó en el almacén pero lo hizo sin remuneración, ni horario, aclarando que esos dos elementos se presumen. Agregó que no es posible alegar que la partida de matrimonio eclesiástica no tiene validez, dado que con ella COLPENSIONES le otorgó la pensión a la demandante. Adujo que no es dable afirmar que las pretensiones debieron estudiarse en un proceso de sucesión y menos que la demandante no está legitimada en el proceso, toda vez que pudo reclamar la pensión porque los hijos son mayores de edad. Expuso que el causante era el encargado de abrir el establecimiento de comercio propiedad del demandado desde las 9 a.m. y de cerrarlo a las 7 p.m. Arguyó que, según la ley, son ineficaces los argumentos, excepciones y peticiones planteados por la parte que utilizó el proceso para cometer un fraude o un delito, conducta en la que, a su juicio, incurrió el apoderado del accionado.

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, en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primer grado. El apoderado judicial del accionado, presentó alegaciones en similares términos a los expresados en el libelo introductorio del proceso, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

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 el causante **LUIS ENRIQUE HERRERA** y **JOSE MANUEL BALLEEN**, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ello 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).

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.

En primer lugar, el interrogatorio de parte del demandado señor JOSE MANUEL BALLEEN DIAZ quien dijo haber conoció al fallecido Luis Herrera en el 2012 aproximadamente siendo vendedor de un almacén vecino al suyo, donde él después lo acompañó; precisó que tiene dos almacenes, uno en Restrepo y otro en el Centro de Bogotá, en los cuales se comercializa ropa formal para hombres; adujo que el señor Luis Enrique le colaboró unos días en el Centro y en el Restrepo; en relación a la rotación de sus trabajadores precisó que lo que se hacía era pedirles el favor de que fueran a cierto almacén en donde las ventas podían ser mejores. Dijo que el causante nunca recibió un salario porque le pagaba de acuerdo a los días que iba y a las ventas que lograba; dijo que se acostumbra a darles no una comisión sino una bonificación por las ventas que tengan los vendedores. Adujo que antes de conocer a la señora demandante Luz Amparo conoció al causante, así como a otra señora llamada Ana Joaquina y a sus hijos, quienes llegaban a visitar a Luis a su trabajo. Dijo que en los dos almacenes emplea a 3 o 4 trabajadores máximo; respondió que a los empleados de planta sí les paga salario, pero Luis no lo era porque iba de vez en cuando. Dijo que el causante fue a su almacén hasta aproximadamente mediados del 2017. Expuso que generalmente sus almacenes funcionan de 9 am a 7 pm. Dijo que no tiene conocimiento de que el causante haya presentado una carta de renuncia; dijo que vendió un TV al demandante, más exactamente el acuerdo era que de los días que iba al almacén le iba pagando el TV. Preciso que el acuerdo con Luis comenzó porque aquel le manifestó que era pensionado entonces no iba a tener problemas con él, además le manifestó que tenía una enfermedad y debía prestarle atención, de esa forma, primero acordaron que Luis iría los fines de semana cuando el comercio tiene más movimiento y cuando finalizaba la jornada le pagaba, recordando que se les pagaba \$30.000 pesos diarios. Aseveró que el causante dejó de prestar los servicios por su salud. Dijo que todo fue muy informal, que el causante simplemente le dijo que lo dejara colaborar unos días y así fue, de forma que el día que quería ir lo hacía, y los que no, pues no, manifestando que incluso una ocasión dejó de ir mes y medio sin que sucediera nada porque no había problema. Aclaró que permitió que el causante faltara porque lo vio como una colaboración, dado que los días que hay mayores ventas sí es importante que alguien más colabore en las ventas. Adujo que no recuerda la fecha en la que llegaron a ese acuerdo, que simplemente el causante lo abordó para que le permitiera trabajar unos días y que con el tiempo acordaron unas cositas, precisando que se refiere a por ejemplo que podía tomar su hora de almuerzo con normalidad, que podía ir a sus citas cuando necesitara, que podía llegar a las 11 e irse a las 7. Aseveró que los almacenes generalmente funcionan de lunes a sábado desde las 9 am hasta las 7 pm. Expuso que esos \$30.000 pesos eran

pagados al terminar la jornada del día generalmente, que en pocas ocasiones le dijo el causante que le guardara lo que había trabajado esos días para el sábado, de forma que el sábado le pagaba los días que hubiera trabajado en la semana, fueran 2, 3 o 5. Dijo que muy pocas veces vio a Luz Mogollón visitando al causante.

De otra parte, el interrogatorio de la demandante, la señora LUZ AMPARO MOGOLLÓN DÍAZ, quien dijo saber que el causante estaba pensionado desde el 2011, que se enfermó en el 2017 y fue en ese año cuando falleció. Adujo que pasó papeles a COLPENSIONES para recibir la sustitución pensional, manifestando que conoció de vista a ANA JOAQUINA ROMERO porque tuvo dos hijos con el causante. Dijo que no se ha adelantado un proceso de sucesión por el causante; que convivió con el causante durante sus últimos años de vida, sobre todo cuando se enfermó, no obstante, señaló que se separaron de hecho cuando su hija cumplió 18 años y luego regresaron cuando aquel se enfermó.

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que, con el acervo probatorio anunciado, especialmente del interrogatorio del demandado, concluye esta Corporación que se tiene acreditado que la demandante efectivamente prestó sus servicios a favor del extremo demandado, pues claramente indico que el causante sí le prestó sus servicios personales en calidad de vendedor, de ahí que la parte 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.

Al respecto, ate precariedad probatoria de las partes, en principio no se encuentra derruida tal presunción, empero surge un inconveniente que da al traste con las aspiraciones de la actora, porque, los casi nulos 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 el causante no lo fue de manera continua en el interregno de los extremos temporales que se invocan en el libelo inaugural; lo que puede extraerse, conforme al único medio probatorio del que se extrae la relación laboral, es que efectivamente el finado Luis Enrique Herrera actora sí laboró, pero por cortos espacios temporales o por turnos, 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 eventualmente 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 los días, semanas o meses, en que estuvo a disposición del empleador y/o ejecutando órdenes a cargo del demandado; todo lo contrario. Lo cual supone además otro inconveniente en torno a no poder determinar los extremos temporales en los cuales se puso haber desarrollado la

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

relación laboral, pues es conocido de vieja data que no le es dable al juez efectuar cálculos acomodaticios en aras establecer las prestaciones derivadas de la relación laboral.

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 incluso tomando la prueba que de forma oficiosa pretendió introducir la parte actora de forma claramente extemporánea (fls.46 a 56), relacionada con unos recibos de caja menor sobre los cuales no se tiene certeza de su procedencia y mucho menos el acta de audiencia de juzgamiento celebrada dentro del proceso ordinario laboral Rad. 05-2018-00270-00 el 16 de febrero de 2021, seguido por la demandante contra COLPENSIONES, donde se discutió la sustitución pensional del causante; ello desde luego que en nada podría esclarecer las falencias probatorias que aquí se vislumbran, es un tema totalmente ajeno. Situación que conduce a la decisión absolutoria que determinó el Juzgado en la sentencia apelada, por lo cual será confirmada; circunstancia que por demás releva a la Sala de someter a discusión las condenas solicitadas, de ahí que, por sustracción de materia, se hace totalmente innecesario examinar los demás aspectos propuestos en la apelación.

Por último, frente a la petición elevada por el apoderado judicial respecto de la compulsas de copias a la Fiscalía General de la Nación y demás organismos de control, incluso a los internacionales indicados en los alegatos de conclusión rendidos en esta instancia, no encuentra la Corporación presupuesto alguno para ordenar una eventual compulsas de copias, por cuanto no se evidencia delito alguno ni práctica temeraria o contraria alguna a las normas que rigen en el ejercicio del derecho que le asiste y en la defensa de su procurado. En todo caso, el apoderado de la parte actora en libertad de acudir a los organismos de control que considere si a bien lo tiene.

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,

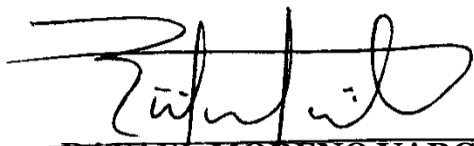
RESUELVE:

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

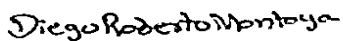
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por YASMIN STELLA GUERRERO contra PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - PAR CAPRECOM S.A. EICE LIQUIDADO - Rad. 110013105-032-2019-0272-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 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 los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de mayo de 2021. De igual modo, revisará la aludida decisión en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la accionada (Art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **YASMIN STELLA GUERRERO PEREZ** pretende que se declare que entre ella y CAPRECOM existió un contrato realidad de trabajo a término indefinido como trabajadora oficial, el cual culminó por parte de CAPRECOM, de manera unilateral y sin justa causa, siendo beneficiaria, por extensión a terceros de la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1998 celebrada entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM. En consecuencia, se condene al pago de las cesantías, vacaciones causadas y no disfrutadas durante la vigencia del contrato, primas legales y convencionales de servicios, junio, diciembre y vacaciones, auxilio convencional de transporte, bonificación de recreación convencional, prima convencional de retiro, indemnización moratoria por no haber consignado al fondo de cesantías y por no haber pagado de manera oportuna los derechos legales y convencionales. Asimismo, se condene al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato y al

reembolso de la totalidad de los dineros que pagó por concepto de seguridad social en salud y pensiones. Finalmente, se condene a la indexación de las sumas que sean susceptibles de actualización, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria pretende se condene al pago de los mismos conceptos de las pretensiones principales causados durante la vigencia de tres (3) contratos realidad, el primero desde el 14 de noviembre de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2013, el segundo del 02 de enero al 30 de abril de 2014 y el tercero, desde el 01 de julio de 2014 hasta el 31 de agosto de 2015. Asimismo, se condene al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato, indemnización moratoria por no pago oportuno de los derechos legales y convencionales, así como al reembolso de la totalidad de los dineros que pagó por concepto de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales durante la vigencia de los tres (3) contratos de trabajo.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que CAPRECOM para cumplir con su objeto social, la vinculó mediante diversos contratos de prestación de servicios, cuya prestación material inició el 14 de noviembre de 2012 efectuándose varias prorrogas en diferentes fechas, siendo en cada una de ellas, la vinculación formal posterior a la prestación formal del servicio. Adujo que el 01 de septiembre de 2015 celebró un contrato de trabajo a término indefinido con CAPRECOM, entidad que lo finalizó sin justa causa el día 31 de marzo de 2016. Explicó que siempre desempeñó el cargo de auxiliar administrativo en el área de referencia y contra referencia; que devengó un salario de \$1.792.549 pesos, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7 am a 5 pm y que CAPRECOM siempre le suministró las herramientas de trabajo. Expuso que los trabajadores oficiales siempre recibieron la totalidad de las prestaciones extralegales reconocidas en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, organización que tenía carácter mayoritario. Agregó que CAPRECOM no reconoció, ni pagó sus derechos legales y convencionales, ni la afilió ni pagó los aportes al régimen de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales. Afirmó que de manera oportuna reclamó sus derechos laborales en el proceso de liquidación de CAPRECOM, no obstante, la accionada, negó su pedimento (Fls. 7 a la 15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - PAR CAPRECOM S.A. LIQUIDADO, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para ello que los contratos de prestación de servicios fueron suscritos con la demandante en virtud de la Ley 80 de 1993, los cuales no implicaron tercerización alguna, ni hacían parte del objeto social de CAPRECOM.

Señaló que el PAR CAPRECOM S.A. LIQUIDADO carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que escapa del objeto del contrato de fiducia mercantil, la obligación de satisfacer las pretensiones de la demandante, máxime cuando no se acreditó que se hubiera incoado una acción contra CAPRECOM EICE o que la accionante hubiera acudido al proceso liquidatorio para reclamar lo pretendido. Aseveró que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues dicha calidad no se adquiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado, más aún cuando entre la demandante y CAPRECOM existió sólo una relación contractual de prestación de servicios. Adujo que conforme a la Ley 80 de 1993 los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral y se pueden celebrar por el termino indispensable, por lo que, no existió un despido unilateral y sin justa causa por parte de CAPRECOM, en tanto el contrato finalizó según el termino fijo pactado en la orden de prestación de servicios OR11-408 de 2015 suscrito por la actora. Explicó que en caso de que se declare la existencia de una relación laboral, es menester tener en cuenta que no es procedente el reconocimiento de los beneficios consagrados en la convención colectiva de 1997-1998 suscrita entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, dado que tales beneficios fueron suspendidos hasta la fecha de liquidación de la entidad contratante, aclarando que sólo los trabajadores vinculados con anterioridad al 12 de junio de 2003 tuvieron derecho al pago de una bonificación por la suspensión de los derechos convencionales. Agregó que pese a que CAPRECOM y la demandante celebraron contratos de prestación de servicios, en caso de declararse la existencia de un contrato realidad, es necesario recordar que no existe disposición legal que ordene el reconocimiento de prima de servicios a favor de los trabajadores oficiales, así como no hay lugar al pago de indemnización moratoria porque no existió mala fe por parte de CAPRECOM, como quiera que no pagó prestaciones sociales en virtud de la relación contractual de prestación de servicios que la unía a la accionante. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «prescripción» (Fls. 173 a la 190).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 12 de mayo de 2021, declaró que entre la demandante y CAPRECOM existieron tres contratos de trabajo, entre el 14 de noviembre de 2012 y el 30 de noviembre de 2013, el 02 de enero y el 30 de abril de 2014 y el 01 de julio de 2014 y el 31 de agosto de 2015, en consecuencia, condenó a la demandada al pago de cesantías, vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio convencional de transporte, prima de recreación, reembolso por aportes al Sistema de Seguridad Social, sanción por no

consignación de las cesantías y sanción de que trata el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, precisando que los valores por concepto de vacaciones, reembolso de los pagos a seguridad social y sanción por no consignación de cesantías deberán pagarse debidamente indexados. Asimismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción.

Para arribar a la anterior decisión indicó, en síntesis, que según dedujo de los testimonios de Cristian Dayan Barrera Triviño y Cleofe Johana Ortiz, entre la demandada y CAPRECOM existió una relación laboral, toda vez que las declaraciones dieron cuenta de que aun cuando las partes habían celebrado un contrato laboral, las funciones de la trabajadora nunca cambiaron, siempre se ejercieron bajo la subordinación de empleados directos de la entidad extinta y se apegaron al cumplimiento de un horario laboral. No obstante, consideró que era procedente reconocer la pretensión subsidiaria, en torno a la existencia de tres relaciones laborales entre CAPRECOM y la demandante, dado que sólo se allegaron unas ordenes de prestación de servicios que no demuestran la continuidad del vínculo laboral, pues entre ellas hay lapsos de tiempo considerables. Aclarando que el 01 de septiembre de 2015 la demandante celebró contrato laboral con CAPRECOM, el cual finalizó el 31 de marzo de 2016 sin justa causa, momento en el que se efectuó la liquidación laboral correspondiente. Explicó que la resolución emitida por el PAR CAPRECOM del 02 de mayo de 2016 respondió una reclamación de la demandante, no obstante, al no allegar la petición, encontró que no es posible deducir que lo peticionado sea equiparable a lo pretendido en el sub lite. En ese orden, consideró que la reclamación administrativa fue presentada el 13 de julio de 2018, por lo que declaró prescritas todas las acreencias laborales causadas antes de esa fecha, salvo las vacaciones que tienen un término de prescripción de cuatro (4) años. Por lo anterior, precisó que es procedente el pago de los derechos causados desde el 13 de julio de 2018 hasta el 01 de agosto de 2015. Finalmente, consideró que sólo es procedente la indexación de la sanción por no consignación de cesantías, vacaciones y reembolso de pago aportes a seguridad social, por cuanto no procede la condena respecto los demás emolumentos según el Decreto 797 de 1949.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión, de manera parcial, en torno a la excepción de prescripción, solicitando que se haga observancia del principio de favorabilidad, en cuanto a la aplicación del precedente judicial fijado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL16528 del 26 de octubre del 2016, donde se determinó la hermenéutica en lo que

atañe a la aplicación de la prescripción, que si la reclamación administrativa ocurre dentro del trienio posterior a la finalización del vínculo contractual, habrá de entenderse que los derechos causados en el trienio anterior a la misma finalización no se encontraban prescritos. En ese orden, explicó que la relación laboral finalizó el 31 de agosto de 2015 y la reclamación fue presentada el 31 de marzo de 2016, es decir, dentro del término trienal. Manifestando su inconformidad con la declaratoria de la existencia de tres contratos laborales, argumentando que la demandante prestó sus servicios de forma ininterrumpida desde 2012, no obstante, no allegó la totalidad de los contratos porque pese a su gestión, el PAR CAPRECOM no los expidió, ni los allegó. Asimismo, arguyó que los testimonios conducen a concluir que no existió solución de continuidad, toda vez que tal como declaró Cristian Dayan, la demandante prestó el servicio de forma continua y permanente en las instalaciones de CAPRECOM. Añadió que en materia laboral no existe tarifa legal, por lo que la prueba testimonial es útil para probar la continuidad de la relación laboral y en consecuencia, declarar la existencia de un solo contrato laboral. Por lo anterior, solicitó se modifique el numeral tercero de la sentencia, respecto de los valores a pagar, dado que los extremos temporales son diferentes. Finalmente, solicitó se condene a la indexación de la indemnización moratoria, por cuanto no es una sanción moratoria, sino que debe tenerse en cuenta que existía un límite temporal al 27 de enero de 2016, de allí que la actualización monetaria evita que el dinero pierda el poder adquisitivo desde la fecha de su causación hasta cuando se efectúe el pago.

Por su parte, la apoderada judicial de la accionada, apeló la decisión señalando que el vínculo contractual que subyace de los contratos prestación de servicios no es contrario a la ley, por lo que CAPRECOM optó por la vinculación mediante contratos de prestación de servicios. Arguyó que no existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato con la situación legal y reglamentaria, por tanto, el hecho de trabajar al servicio del estado, no confiere la calidad de empleado público u otorga un régimen especial, legal y reglamentario. Señaló que no existe violación al derecho de igualdad en las vinculaciones por la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que el estatus de empleado público que se estructura con la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica, es distinta a la que se origina en un contrato de prestación de servicios, precisando que en la última no se genera una relación laboral ni prestacional. Añadió que no es posible concluir con afirmaciones que existió un contrato laboral entre la demandante y CAPRECOM, toda vez que existió una relación contractual de prestación de servicios.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por 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 parte actora presentó alegaciones en similares términos a los de la alzada. La parte accionada guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación resolver los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**: **i)** determinar si tal como lo asevera el demandante el vínculo que loató con la accionada es una relación de carácter laboral regida por un contrato de trabajo, o si por el contrario y como lo afirma la entidad convocada, se trató de una prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, **ii)** en caso de encontrarse configurados los elementos propios del contrato de trabajo, verificar sus extremos temporales y analizar si hay lugar al pago de las acreencias ordenadas en primera instancia y; **iii)** si procede el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto y de la sanción moratoria.

CONSIDERACIONES

Lo primero es revisar la naturaleza jurídica de la entidad accionada, a efectos de determinar la calidad de vinculación que ostentaría el demandante. Para ello, basta con revisar el contenido de la Ley 314 de 1996, que en su artículo primero indica que el Establecimiento Público creado mediante la Ley 82 de 1912 se transforma en virtud de esa normativa en Empresa Industrial y Comercial del Estado y respecto a sus empleados, en el artículo 12 ibidem establece que *«quienes desempeñen los cargos de Director General, Secretario General, Directores Regionales, y Jefes de División, serán empleados públicos. Los demás servidores públicos vinculados a la planta de personal existentes a la fecha de promulgación de la presente ley, pasarán a ser trabajadores oficiales»*.

Así las cosas, es necesario señalar como premisas que definen el contrato de trabajo de los trabajadores oficiales, calidad que ostentaría la demandante, atendiendo la naturaleza jurídica de la accionada como entidad pública y la actividad que aquella desempeñó *«SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE REFERENCIA Y CONTRA REFERENCIA DE APOYO A LA GESTION EN EL PROCESO DE AUTORIZACIONES Y ASEGURAMINETO PARA LA TERRITORIAL BOGOTA -CUNDINAMARCA»* y *«COMO TECNICO PARA EL AREA DE REFERENCIA Y CONTRAREFERENCIA EN LA TERRITORIAL BOGOTA CUNDINAMARCA»* como consta en los contratos de prestación de servicios (folios 39 a 69). En tal sentido, el artículo 2º del Decreto 2127

de 1945 establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos: **(i)** prestación personal del servicio, **(ii)** continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, y **(iii)** un salario como retribución. A su vez el artículo 3º del ordenamiento en cita estipula que *«...una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera...»*.

De igual modo, se dispone en su artículo 20 que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y, que corresponde al empleador la carga probatoria de desvirtuar la presunción legal en mención. Así lo ha considerado de antaño, la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, verbigracia, en la sentencia CSJ SL1012-2015, donde señaló que cuando se discute la existencia de un contrato realidad, corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio, mientras que la accionada tiene la carga de desvirtuar la presunción de subordinación consagrada en el art. 20 del Decreto 2127 de 1945.

Por otro lado, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º del Decreto Ley 165 de 1997, establece la facultad de las entidades públicas de acudir a la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimientos especiales. Adicional a ello establece que dichos contratos en ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

De conformidad con las normas y jurisprudencia aplicable al caso de autos, corresponde señalar que la parte actora solicitó que se declarará la existencia de un contrato de trabajo desde el 4 de noviembre de 2012 al 31 de agosto de 2015.

Al proceso fue allegada certificación expedida por la extinta CAPRECOM, en virtud de la cual hizo constar que con la demandante se celebraron varios contratos de prestación de servicios, entre la vigencia de los años 2012 a 2015, pero sin precisar las fechas de inicio y finalización, tal y como se desprende de la certificación obrante a

folio 120 del expediente digital. De lo anterior, también da cuenta la documental obrante a folios 39 a 70 contentivos de contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante y CAPRECOM. De Igual modo, se demostró que a partir del 1º de septiembre de 2015, se vinculó con la demandada a través de un contrato de trabajo con duración de 6 meses en el cargo de Técnico Auxiliar II (fls. 71 a 77 y 111 a 118).

Hasta este punto, la Sala tiene por acreditada la existencia de una vinculación regida por contratos de prestación de servicios, que encuentran fundamento en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002 que autorizan a las entidades estatales a contratar directamente la prestación de servicios profesionales de una persona natural o jurídica que esté en capacidad y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate.

Para determinar la verdadera naturaleza contractual de esa vinculación, la Sala analizó el conjunto probatorio en el contexto de las reglas de la sana critica probatoria a que alude el artículo 61 del CPTSS, encontrando que en el objeto pactado en los contratos de prestación de servicios era el de prestar servicios administrativos de referencia y contrarreferencia de apoyo a la gestión en el proceso de autorizaciones y aseguramiento para la Territorial Bogotá -Cundinamarca y como Técnico para el área de referencia y contrarreferencia en la Territorial Bogotá Cundinamarca, y dentro de las que se encontraban específicamente, presentar los informes que determine el supervisor, efectuar auditoría al proceso de autorizaciones, apoyar la ubicación de los pacientes cuando le sea requerido, aprobar a través del aplicativo de autorizaciones las solicitudes de servicios presentadas por los afiliados realizando los análisis de derechos por afiliación y por contenido del POS, brindar a los afiliados la información necesaria para que tengan fácil acceso a las IPS de la red contratada que prestaran el servicio autorizado; conformidad con las especificaciones señaladas en el presente documento. 4) Acreditar los aportes al Sistema de seguridad Social Integral {Salud, Pensión y Riesgos Laborales), de acuerdo con los porcentajes fijados por las normas respectivas, en cumplimiento del artículo 50 de la ley 789 de 2002, en concordancia con la ley 812 de 2003, el decreto 4982 de 2007, ley 100 de 1993, ley 987 de 2003, ley 1122 de 2007 y ley 1562 de 2012; trasladar y ubicar funcionarios en puntos, permisos previo aval de líder del proceso, recepción de solicitudes y requerimientos de habilitación de servicios en la red. Solicitar homologación de códigos CUPS previa gestión ante el médico tratante responsable de dar claridad del código cups según procedimiento requerido, retroalimentar directriz y política, previamente avalado por el líder del proceso; apoyar el proceso de afiliación realizando la emisión y entrega de los carnés que identifican a los usuarios como afiliados de la EPS-S y efectuar el registro de la carnetización en la base de datos. Realizar el proceso de afiliación de nuevos usuarios orientando el correcto diligenciamiento de la información pertinente

y el suministro de los soportes correspondientes para hacer efectiva su afiliación. Aprobar a través del aplicativo de autorizaciones las solicitudes de servicios presentadas por los afiliados realizando los análisis de derechos por afiliación y por contenido del POSS; brindar, a los afiliados la información necesaria para que tengan fácil acceso a las IPS de la red contratada que prestaran el servicio autorizado. Participar en el acopio y organización de la información requerida para presentar los informes que sobre el desarrollo del proceso de Referencia y Contrarreferencia requieran otras áreas de la regional del Nivel Central o los entes de vigilancia y control y *«las demás obligaciones que le sean asignadas por el supervisor y que se deriven del objeto contractual»*.

Para demostrar la forma en que se ejecutaron los términos contractuales antes indicados, en el proceso se recibieron las declaraciones de los testigos Christian Dianne Barrera Triviño (Jefa de la demandante) y Cleofe Yohana Ortiz del Valle (compañera de la demandante), quienes al unísono indicaron que el demandante se desempeñaba auxiliar administrativa del área de autorizaciones medicas de referencia y contra referencia en la territorial de Bogotá, que inicialmente generaba autorizaciones medicas de cara al público, es decir que atendía público, dada el apoyo al área de auditoría, recopilaba las autorizaciones que requerían las auditorías, que en su rol de analista apoyaba a los abogados en las respuestas a peticiones, tutelas, etc.; en el caso de las autorizaciones debía atender público, hasta que se terminaran las autorizaciones, autorizar, manejar la referencia y contra referencia, dar respuestas a las tutelas, manejar el control de secretaria distrital; que las herramientas de trabajo eran proporcionadas por CAPRECOM, que debía cumplir horarios de 7:00 am a 05:00 pm; que para desempeñar esas funciones, recibía ordenes de la señora testigo, de los abogados y de la directora de la sucursal Bogotá, las cuales se relacionaban con que respondiera con inmediatez, que llamara al usuario, sacara las autorizaciones, todo de forma rápida por la premura de los requerimientos; que debía solicitar permisos, además, para los ingresos tenía huellero y carnet, por lo que al salir y al entrar quedaba el registro en el huellero; que les consta lo dicho por haber sido compañeros de trabajo de la actora.

A los declarantes, esta Colegiatura les asigna plena credibilidad respecto de lo manifestado, en razón a que su dicho provino del contacto directo con los hechos afirmados, en razón a que fueron compañeros del actor y por tal situación son quienes están habilitadas para aclarar el asunto sometido a la jurisdicción, sin que por el hecho de que hubieran impetrado acciones judiciales en contra de la entidad, les reste el comprobado conocimiento directo de los hechos de la demanda.

Así pues, analizadas las pruebas, no encuentra la Sala que la entidad demandada haya cumplido con su carga procesal de desvirtuar la presunción antes señalada con la acreditación de manera suficiente e incontrovertible que los servicios se prestaron de manera independiente y autónoma, pues si bien los contratos de prestación de servicios como lo alude la parte recurrente no generan relación laboral, tales documentos no son suficientes para tenerlos como elementos probatorios concluyentes pues si así fuera bastaría con que las entidades aporten los contratos de prestación de servicios para que automáticamente se tengan como veraces y negadores de una relación diferente a la allí consignada. De manera que la obligación procesal de la demandada no puede limitarse a la simple exhibición de los contratos respectivos, sino que debe acreditar que la relación en verdad fue autónoma e independiente, situación que aquí no se demostró, por el contrario existen elementos que refuerzan el convencimiento que la demandante fue una trabajadora subordinada y que su relación en realidad estuvo regida por un contrato de trabajo, tales como las cláusulas decima y vigésima octava relacionadas con el pago de gastos de desplazamiento, que según se desprende de su redacción corresponden a viáticos, que es una figura propia de las relaciones subordinadas, y la cláusula novena que se refiere a la supervisión administrativa a la que estaba sometido el demandante para la ejecución del contrato y el hecho de que cumpliera horario de trabajo o tuviere la obligación de prestar sus servicios cotidianamente.

En consecuencia, de lo narrado por los declarantes y la prueba documental arrimada se colige que en la realidad la labor ejecutada por la demandante se prestó con sujeción a órdenes y bajo el cumplimiento de horario, lo que demuestra que en ningún momento la accionante actuó con independencia y autonomía, máxime que sus funciones eran permanentes y operativas, de modo que no se justifica en esos términos la contratación por prestación de servicios que se caracteriza por la necesidad de contratar en razón a los conocimientos especializados del contratista, lo que no ocurrió.

Así las cosas, es por lo que la Sala encuentra que la entidad no logró desvirtuar la presunción legal contenida en el art. 20 del Decreto 2127 de 1945 ya citado, pues demostrada la prestación del servicio y acreditadas las condiciones subordinantes en que desarrolló las labores se concluye que la vinculación en realidad obedeció a un contrato de trabajo, pues además las labores correspondían al giro ordinario de la extinta entidad, por lo que se entienden que las mismas hacen parte del objeto social de la extinta CAPRECOM.

Conforme lo ha hilado en abundante y reiterada jurisprudencia nuestro máximo órgano de cierre, y puntualmente en asuntos similares al que aquí se debate, donde se deprecia la declaración de un contrato de trabajo realidad, no basta con que se exhiba por parte del convocado a juicio la suscripción de contratos de prestación de servicios, y todos los demás documentos propios a la celebración, ejecución y liquidación de esta forma de contratación, que por lo demás, también es lícita, pues en todo caso, es deber del Juez laboral auscultar los demás medios de convicción que se viertan al proceso en aras de arribar a la verdad real, y encontrar, en aplicación del artículo 53 de la norma superior, la eventual existencia de un contrato realidad en contraposición a un contrato meramente formal o aparente, dando cabida de esta forma a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidos por las partes bajo la apariencia de una vinculación jurídica o relación contractual diferente a la propiamente laboral.

Además, cabe reiterar que, una vez acreditada la prestación personal de un servicio, opera la presunción legal antes dicha, en virtud de la cual, corresponde al empleador, demostrar que la actividad personal por la vía de la prestación de servicios y desplegada por quien demanda su condición de trabajador subordinado, en realidad lo fue con plena autonomía e independencia. Al respecto, se advierte que ningún esfuerzo probatorio desplegó la demandada para derrumbar la presunción que cobija al actor, pues se limitó a aportar los contratos que dan cuenta de la prestación personal del servicio, olvidando de esta forma la pasiva que en este tipo particular de juicios, una vez demostrada la prestación del servicio, se invierte la carga de la prueba en contra de quien funge como empleador, corriendo por su cuenta la carga demostrativa y no de la demandante el acreditar todas las circunstancias en que se ejecutó la actividad personal para demostrar que no era autónoma e independiente, para lo cual, se ha dicho de manera insistente por la doctrina de la jurisprudencia laboral, que no es suficiente aportar al plenario los contratos de prestación de servicios, cuentas de cobro y demás documentos que formalmente se utilizan para esta clase de contratos. Lo anterior, permite confirmar la declaración de la existencia de la relación laboral, asumida igualmente en la sentencia de primer grado.

Frente a los extremos temporales determinados, encuentra la Sala que si bien existe una certificación laboral que informa sobre los contratos suscritos (fl. 120), no se demuestra los extremos temporales de los mismos. Al respecto, se evidencia con los contratos aportados que el primero de ellos se suscribió el 14 de noviembre de 2012 (fls. 39 y 40), el cual estuvo vigente hasta el 31 de marzo de 2013; seguidamente se suscribió desde el 01 de abril de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2013 (fls. 43 a 48); posteriormente, el 02 de enero de 2014 se suscribió contrato hasta el 30 de abril de

2014 (fls. 49 a 56); luego, se evidencia orden de servicios suscrita el 01 de julio de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014, seguidamente el 02 de enero se suscribe un nuevo contrato el 02 de enero de 2015 hasta el 30 de junio de 2015 y finalmente del 01 de julio de 2015 hasta el 31 de enero de 2016 (fls. 57 a 69), habiéndose finalizado este último el 31 de agosto de 2015, en tanto y en cuanto la demandante fue vinculada a la entidad mediante contrato de trabajo en el cargo de Técnico Auxiliar II a partir del 01 de septiembre de 2015; con lo anterior, se demuestra que la ejecución de sus servicios fue con solución de continuidad en tres periodos distintos, tal y como lo concluyó el a quo, pues de la prueba testimonial, contrario a lo que sugiere el recurrente por activa, no se puede extraer la no solución de continuidad, por cuanto los testigos indican de manera genérica que les consta la prestación del servicio en el transcurso de los años 2012 a 2015, pero no precisan, como bien lo hace la prueba documental las fechas específicas de la vinculación donde se denota con diafanidad que entre uno y otro contrato existieron interregnos superiores a un mes, lo cual, se acompasa con la interpretación de la Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencias CSJ SL347-2021, SL149-2021 y SLO95-2021. Por lo que se confirmará lo decido al respecto en primera instancia.

Determinado lo anterior, se procede al análisis particular de los reparos realizados en los recursos de apelación en torno a las condenas impartidas, iniciando, por cuestión metodológica, con las inconformidades respecto de la excepción de prescripción:

Para tal efecto, se habrá de remitir esta Sala de Decisión a lo dispuesto por los artículos 488 del CST y 151 CPTSS, los cuales, con relación al término extintivo de la acción sobre los derechos laborales, los cuales indican que prescribe en el término de tres años, contados a partir del momento en que se hayan hecho exigibles las respectivas obligaciones, siendo de especial relevancia en lo que interesa al tema, lo preceptuado por el artículo 489 del CST, que sobre el tema de la interrupción de la prescripción reza:

«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».*

En el caso de marras, se tiene que la parte actora elevó la reclamación administrativa el 12 de julio de 2018 (fls. 155 a 158), por lo que se tiene que con dicho acto interrumpió el término prescriptivo en los términos del artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el artículo 6 ibidem, la cual fue resuelta por medio de la comunicación del 25 de julio de 2018 (fls. 166 a 167), momento para el cual se reactivó el término prescriptivo y por lo tanto, como la demanda se presentó el 10 de abril de 2019 (fl. 168), se concluye que estarían prescritas las prestaciones sociales

causadas con anterioridad al 12 de julio de 2015, a excepción de las cesantías, puesto que dicha prestación resulta exigible en su totalidad al momento en que finaliza el contrato de trabajo, conforme se ha determinado por la H. Sala Laboral de la CSJ, criterio pacífico, citando a modo de ejemplo la sentencia SL 6552 de 2016. De igual modo, con relación a las vacaciones, en los términos de la sentencia CSJ SL981 de 2019, el término trienal de prescripción de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador), razón por la que para efectos de ésta prestación se tiene que prescribió el reconocimiento de las que se hubieren causado con anterioridad al 12 de junio de 2014. En ese sentido, frente se encuentran prescritas las acreencias que se causaron con motivo de los dos primeros contratos, teniendo en cuenta que el último de ellos feneció el 30 de abril de 2014.

Establecido lo anterior, se pasará a revisar las condenas impuestas, en el grado jurisdiccional de consulta, para ello no existe reparo respecto al salario acreditado del pago de los honorarios profesionales. En tal medida se verifica inicialmente la procedencia y cuantía de las condenas impartidas, en primer lugar, las de carácter legal y luego, si eran procedentes o no las de carácter convencional.

Con relación a las cesantías, resultan viables al haber sido instituidas de acuerdo a los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 1° - 6° del Decreto 1160 de 1947, artículo 17, literal a) de la Ley 6° de 1945 y la ley 344 de 1996.

Efectuadas las operaciones matemáticas del caso se obtuvo lo siguiente por concepto de cesantías y vacaciones.

2014			2015		
CESANTIAS			CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías	Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
180	\$1.792.549	\$896.274,50	240	\$1.792.549	\$1.195.032,67
VACACIONES 2014			VACACIONES 2015		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones	Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
180	\$1.792.549	\$448.137	240	\$1.792.549	\$597.516
RESUMEN DEL CÁLCULO					
CESANTIAS		\$2.091.307			
VACACIONES		\$1.045.653,58			

Conforme a ello, se evidencia que el valor de las vacaciones resultó superior al calculado en primer grado, pero las cesantías resultaron iguales a lo establecido en primera instancia. En tal medida, como estas condenas se revisan en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la liquidada CAPRECOM, habrá confirmarse lo allí decidido, pues tales montos no fueron objeto de debate por la parte actora.

PRIMA DE SERVICIOS LEGAL

La condena impuesta en primera instancia respecto de la prima de servicios legal será revocada, pues no existe norma que consagre esta prestación ya que la norma que la consagra, esto es, el Decreto 1045 de 1978, no cobija a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia CS SL545-2018.

Con relación a las prestaciones de carácter convencional, se debe precisar que a folio 21 obra con la constancia de depósito del artículo 469 del CST, la Convención Colectiva de Trabajo -CCT, firmada por CAPRECOM EICE y SINTRACAPRECOM el 14 de noviembre de 1996, vigente desde el 14 de noviembre de 1996 al 13 de noviembre de 1998 (Cláusula 76), sin que exista prueba de que haya sido denunciada, por lo que al tenor del artículo 478 del CST, se entiende prorrogada por períodos sucesivos de 6 en 6 meses y en esa medida, continuaba su vigencia para la época en que culminó la relación laboral del actor (31 de agosto de 2015).

Ahora bien, como quiera que, en el citado convenio colectivo, se indicó que el mismo era aplicable a los trabajadores oficiales sin efectuar distinción alguna, respecto a afiliados y no afiliados al aludido sindicato, por lo que, al haber ostentado la actora, dicha calidad, es por lo que le es aplicable y por lo tanto, se entrará a verificar las prestaciones concedidas por la a quo, en tal virtud.

PRIMA DE NAVIDAD CONVENCIONAL

La prima de navidad está consagrada en el artículo 50 convencional (fl. 26), la cual señala que se pagarán 15 días de salario por concepto de dicho rubro, en este orden de ideas, habría lugar a su pago de forma proporcional en la suma de \$298758, pero como el valor calculado por el a quo resultó ser inferior, se mantendrá incólume en virtud de la consulta en favor de la accionada.

AUXILIO CONVENCIONAL DE TRANSPORTE

Tal prebenda se estipuló en el artículo 47 de la CCT, según el cual, «CAPRECOM reconocerá a todos los servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el Gobierno Nacional...», por lo que no existe impedimento alguno para su reconocimiento, el cual se calcula en la suma de \$144,000, equivalente a los últimos dos meses de servicios, julio y agosto de 2015, pues los anteriores se extinguieron en virtud de la prescripción. Dicha suma es superior a la de primer grado, por tanto, se confirmará el valor de esta condena en virtud de la consulta en favor de la accionada.

BONIFICACIÓN DE RECREACIÓN CONVENCIONAL.

Dispone el artículo 64 convencional, que se pagará por este concepto tres días de salario con ocasión del disfrute de las vacaciones. En tal sentido, y al no haberlas disfrutado el demandante, sino que por el contrario y atendiendo los supuestos fácticos de esta acción, es palmario se otorgó la compensación en dinero de las vacaciones, por lo que no hay lugar a fulminar condena, contrario a como lo determinó el Juez a quo, de tal modo que se revocará tal condena.

Respecto de la devolución de aportes al Sistema de Seguridad Social a pensión y salud, se tiene que declarada la existencia del contrato, se acreditó que la pasiva no afilió al demandante al Sistema de Seguridad Social Integral, y por el contrario le correspondió asumir la totalidad del aporte, generando con ello, un perjuicio económico en su patrimonio, el cual debe ser resarcido, siempre y cuando dicho aspecto se encuentre debidamente comprobado en el proceso, tal y como lo ha enseñado la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL16269 del 26 de noviembre de 2014¹ y SL807 del 13 de noviembre de 2013², razón por la cual se es procedente tal condena, en el entendido que sólo procede la devolución en el porcentaje que le corresponde al empleador, pues el otro porcentaje pagado debía ser asumido por la actora, razón por la cual se procede a calcular de conformidad con los valores pagados para los meses de julio y agosto de 2015 (fls. 171 y 173). Efectuadas las operaciones aritméticas arrojó la suma de \$175.650 por devolución aportes a pensión, y por la suma de \$124.440 por aportes a salud, para un total de \$300.090 razón por la que será modificada la decisión de primer grado, en la medida que esta condena resultó superior en primer grado.

APORTES A PENSIÓN		
PERIODO	VALOR PAGADO	75% Empleador
julio	\$117.200	\$87.900
agosto	\$117.000	\$87.750
		\$175.650

APORTES EN SALUD		
PERIODO	VALOR PAGADO	68% Empleador
julio	\$91.600	\$62.288
agosto	\$91.400	\$62.152
		\$124.440

¹ Magistrado Ponente: Dr. Rigoberto Echeverri Bueno

² Magistrado Ponente: Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS (Art. 99/L. 50/90)

En lo que tiene que ver, con la condena por la indemnización por no consignación de cesantías, es importante señalar si bien se venía sosteniendo el criterio de su improcedencia, conforme a las sentencias con radicaciones Nos. 42772 del 15 de febrero del 2011, 43833 del 2 de octubre del 2013 y 45390 del 8 de febrero del 2017, lo cierto es que el Máximo órgano de la Jurisdicción ordinaria laboral en providencias SL 582 Rad. 83289 del 10 de febrero del 2021 y en la SL 1413 Rad. 86028 del 12 de abril del 2021, estimo que resulta *«aplicable la sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los trabajadores oficiales, por remisión expresa de la norma especial, en relación con el régimen anualizado de las cesantías de que trata la Ley 344 de 1996»*, razón por la cual esta Sala de decisión acoge dicha tesis, ya planteada por esta Sala en la sentencia del 31 de mayo 2021, M.P. Dr. Diego Roberto Montoya Millán. Por lo que, efectuados los cálculos del caso, tal sanción arroja la suma de **\$2.927.830**, en virtud de la prescripción aplicada, se calculó desde el 12 de julio de 2015 al 31 de agosto de 2015 y como la calculada por el a quo fue inferior, se mantendrá incólume.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA (Art. 1° del D. 797 de 1949)

En relación con la indemnización moratoria, precisa la Sala que la condena por esta indemnización no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala fe al no pagarle los salarios y las prestaciones que le correspondían al término del contrato hay lugar a su imposición, en el caso contrario, se absolverá. En el estudio de esa conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales (artículo 1° de la ley 797 de 1949). En el presente caso, se evidenció que se declaró que en la realidad, tal como se determinó en esta providencia, se ocultó una verdadera relación laboral, acto con el cual se determina un actuar desleal frente al trabajador, sumado al hecho de que la suscripción de los contratos de prestación de servicios, en este caso, no se justificaban por el conocimiento especializado de la demandante y se extendió por un término amplio, con lo que se incumplió también lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, circunstancias éstas que permiten concluir que no se acreditó la buena fe que permita exonerar a la entidad demandada, por lo que se colige la procedencia de ésta indemnización y en consecuencia se confirmará su imposición, pero la misma se limitará, de conformidad con los argumentos que pasan a exponerse.

Como se indicó, debe limitarse su reconocimiento en el tiempo, debido a una situación de fuerza mayor ocurrida en el momento en que CAPRECOM dejó de existir, definición a la que se arriba no por el simple estado de liquidación de la misma, sino que obedece a la finalización y extinción de la vida jurídica de dicha entidad y la obligación en cabeza del liquidador.

En efecto, si bien CAPRECOM por no haber pagado su deuda al término del contrato de trabajo, produjo que se causara la indemnización moratoria, ésta solo puede correr hasta su liquidación final, puesto que quien fungió como liquidador por virtud legal, estaba sujeto al cumplimiento de las normas del proceso liquidatorio, que son situaciones constitutivas de fuerza mayor que le impidieron satisfacer las obligaciones de la demandante y que justifican la limitación de la condena en la medida en que no existe prueba de que dentro del proceso de liquidación se hubieran admitido como pasivo las prestaciones e indemnizaciones de este proceso.

En este punto, se precisa que con esta posición no se desconoce, pues se comparte íntegramente lo considerado por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que el hecho de que una entidad se encuentre en proceso de liquidación no la exonera de la indemnización objeto de estudio, por lo tanto se aclara que de lo que se trata en este caso, es de valorar la situación de la muerte legal de la entidad en virtud de su liquidación final, que impide que la referida indemnización continúe indefinidamente en el tiempo, pues la entidad a partir de ese momento, incluso, dejó de existir, y por lo tanto no sería sujeto de derechos ni obligaciones.

Así entonces, cuando se está ante el evento de la liquidación de una empresa, se entiende que, dentro de ese proceso deben incluirse las acreencias correspondientes a los haberes de los trabajadores y por tanto, esta liquidación no impide que se pueda calificar su conducta como de mala fe. Caso contrario sucede cuando sobreviene la liquidación de la persona jurídica pues la mala fe predicada del empleador y que generó la indemnización moratoria, no puede trasladarse al liquidador, quien, dada esa especial calidad, está obligado por la ley a asumir las deudas reconocidas en el proceso liquidatorio y es por tanto de éste que se predica que se encuentra frente a un evento de fuerza mayor y por ende, es que la indemnización moratoria, solo se limita hasta la fecha de finalización del proceso liquidatorio de la entidad, teniendo presente, que a partir de ese momento, perdió toda posibilidad de cumplir sus obligaciones como empleador.

Conforme lo anterior la Sala encuentra procedente la condena por concepto de indemnización, pero limitándose su cuantificación hasta el 27 de enero de 2017 fecha

en que fue publicado en el Diario Oficial el Acta Final del Proceso Liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM; así entonces, empezaría a causarse 90 días después de la terminación del contrato de trabajo que a través de este proceso se declaró, advirtiendo en este punto la Corporación que conforme recientemente lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencias SL 981-2019 y SL2584-2019 este lapso se debe contar en **días calendario** y no hábiles, expresándose en la primera de las providencias referidas: *«(...) en el Derecho del Trabajo existe la particularidad de que el contrato de trabajo se ejecuta día a día, desde la fecha de su suscripción hasta aquella de su finalización. Todos los días, incluso los de descanso dominical y festivo, suman para efectos laborales»*. En esa medida, se contabilizará dicho término, desde el uno (1) de diciembre de 2015 (vencimiento de los 90 días) hasta el 27 de enero de 2017 (417 días) con base en un salario diario de \$59.752, pues el último salario mensual fue de \$1.792.549, por lo que le corresponde a la demandante la suma de \$24.916.431 por concepto de indemnización moratoria, así se confirma tal condena al resultar idéntica a la de primera instancia.

INDEXACIÓN

Como es bien sabido la indexación lo que busca es evitar el envilecimiento del valor de los créditos laborales no pagados al trabajador oportunamente por el empleador, si bien es cierto, la indexación resulta incompatible con la indemnización moratoria contemplada en el Decreto 797 de 1949, lo cierto es que esta última se causó hasta la fecha de extinción total de CAPRECOM, esto es hasta el 27 de enero de 2017, por lo tanto, como bien lo asentó la Alta Corporación en sentencia CSJ SL1048-2021, *«debe tenerse en cuenta que, en este caso, la deuda por sanción moratoria ha sufrido un deterioro económico por el transcurso del tiempo, por manera que se ordenará su indexación desde el 1 de abril de 2015 hasta cuando se verifique su pago, de acuerdo con la siguiente fórmula [...]»*; de ahí que, haya lugar a la indexación del valor de dicha sanción, una vez que se efectuó su pago, al igual que las demás condenas no susceptibles de la sanción moratoria, por tal razón dicha decisión deberá ser modificada.

Por lo expuesto, se modificará la decisión de primer grado en su ordinal tercero. 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 PARCIALMENTE EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

«**TERCERO. - CONDENAR** a la demandada a pagar a la demandante los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

Por cesantías la suma de \$2.091.307.00

Por vacaciones la suma de \$1.015.778.00

Por prima de navidad la suma de \$239.007.00

Por auxilio convencional de transporte la suma de \$118.400.00.

Por reembolso por aportes al Sistema de Seguridad Social la suma de \$300.090.00.

Por sanción por la no consignación de las cesantías la suma de \$2.868.078.00

Por sanción de que trata el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 la suma de \$24.916.431.00

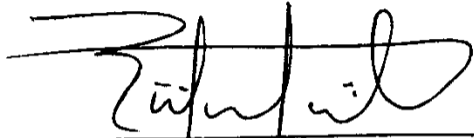
Los valores por concepto de vacaciones, reembolso de los pagos efectuados al sistema de seguridad social, sanción por no consignación de las cesantías y la sanción de que trata el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, deberán cancelarse debidamente indexados el momento de efectuar el pago».

SEGUNDO: Confirmase en lo demás.

TERCERO: 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
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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por EDNA MARGARITA SÁNCHEZ GUACANEME contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-023-2020-00218-01.

Con la finalidad de resolver los recursos 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 Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de abril 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 **EDNA MARGARITA SÁNCHEZ GUACANEME**, pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual -RAIS, administrado por PORVENIR S.A. en el mes de abril de 2010, al estar viciado su consentimiento en la falta de asesoría; en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes de pensión obligatorios realizados por los empleadores a favor de la actora a COLPENSIONES, junto con los rendimientos financieros que por ley debieron generar. Se condene a la COLPENSIONES a aceptar el traslado y realizar el trámite del traslado de aportes provenientes de PORVENIR S.A. en su favor. Finalmente solicitó se condene en costas, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que como trabajadora dependiente se afilió libre y voluntariamente al régimen de prima media

administrado en su momento por el ISS, hoy COLPENSIONES. Señaló, la demandada PORVENIR S.A. sin asesoría alguna y en un trámite en masa, logró su firma en un formulario de afiliación a dicho fondo privado en abril de 2010, pero nunca se le dio asesoría alguna de las consecuencias que generaba el cambio de régimen pensional. Indicó que nunca la demandada PORVENIR S.A., informó de las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional de ahorro individual, ni le presentó proyecciones económicas de uno y otro régimen para cuando cumpliera requisitos pensionales. Bajo engaño y falsas promesas la demandada PORVENIR S.A. logró viciar su consentimiento y logró la firma en el formulario de vinculación al régimen de ahorro individual. Sostuvo que el cambio de régimen le generó perjuicios al ser este un cambio contrario a su voluntad, y a su beneficio pensional futuro. Finalmente refirió haber nacido el 25 de marzo de 1966 y que ha tratado por todos los medios que se mantenga su afiliación en el régimen de prima media y no ha permitido la demandada su traslado (Fl. 39 a 42).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, indicando que la señora EDNA MARGARITA SANCHEZ GUACANEME, se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible tener a la accionante como afiliada al RPM pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES. Agregó que la señora EDNA MARGARITA SANCHEZ GUACANEME, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen y si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó acabo la asesoría no es menos cierto

que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuaron los traslados. Presentó como excepciones las de «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema

(Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)», «buena fe de Colpensiones», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción» e «innominada o genérica» (Archivo digital: *11001310502320200021800 - EDNA MARGARITA SANCHEZ GUACANEME (3).pdf*).

A su turno, **PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitando se le absuelva todas y cada una de ellas, argumentando para tal fin que pues el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido, por cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria, tal y como se concluye del formulario firmado por la accionante, el cual contiene información suficiente sobre el RAIS y los derechos que le asisten a sus afiliados, el cual, suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada, tras recibir asesoría verbal amplia y suficiente. Asimismo, señaló que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, razón por la cual se encuentra válidamente afiliada al RAIS en la AFP PORVENIR, y no existe por tanto razones para ordenar gestiones administrativas para anular el traslado; además, que cumplió con las obligaciones que tenía para la fecha de vinculación de la demandante. Así mismo, advirtió que si lo que se alega son vicios en el consentimiento, es deber de la demandante probar dicho vicio en la ejecución del acto jurídico de traslado, no obstante, no obra en el plenario prueba alguna de dicho vicio. Agregó, que no es procedente ordenar el traslado de los aportes realizados por la demandante en el RAIS a Colpensiones, aclarando, que la solicitud de devolución de los rendimientos financieros obtenidos en el RAIS desborda los efectos de la ineficacia, dado que su consecuencia jurídica «es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás», tal como lo manifestó la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC-3201-2018. 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» (Archivo digital: *CD EDNA GUACANEME+ANEXOS.pdf*).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 05 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior, condenó a la AFP devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere

recibido con motivo a la afiliación de la actora, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por administración ni por otro concepto, todo ello de manera indexada; declarando que la actora se encuentra afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES. Condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, conforme a la jurisprudencia vigente, es un deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información completa suficiente y necesaria sobre las implicaciones que conllevaría el traslado de régimen pensional, especialmente respecto de las características condiciones y diferencias de los regímenes pensionales, así como las consecuencias que lleva ese cambio; señaló ser procedente incluso declarar la ineficacia sin importar si se tiene o no un derecho consolidado y si se tiene o no el beneficio de la transición, o si se está próximo a pensionar. Sostuvo que en el presente asunto, frente a la forma cómo se dio la vinculación de la parte actora al RAIS en virtud de la inversión de la carga de la prueba le correspondía a la AFP demandada demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones de cambio de régimen y más para la época del traslado en el año 2010, sin embargo no se logró establecer dichos elementos relacionados con el deber de información, siendo los únicos elementos de juicio aportados por Porvenir el formulario de afiliación del 16 de febrero del 2010, lo cual resultaba insuficiente, no era prueba suficiente para cumplir esta carga probatoria, dado que es un formulario preimpreso donde se establecen de manera general que de manera libre y voluntaria selecciona el régimen, pero que para el a quo no era suficiente, pues consideró que no se trata únicamente de firmar ese formulario que no suplía el deber del buen consejo. En sentido, estimó que era procedente declara la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **Porvenir** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto, que al momento de realizarse la afiliación por parte de la demandante la reglamentación existente no abarcaba el deber del buen consejo y doble asesoría, para ese momento sólo era un deber de asesoría de manera verbal. Que el precedente de la materia sobre ineficacia habla sobre un perjuicio claro, lo cual no quedó acreditado en el proceso. Así mismo, para la época del traslado no había el deber legal de guardar soporte documental sobre la asesoría e información

brindada, así que no es posible obligar a lo imposible y traer soportes documentales que no eran obligatorios para la fecha. Adicionalmente, explicó que la obligación del buen consejo es obligatoria a partir del año 2014, sin que se pueda aplicar de manera retroactiva. De otro lado, indicó que la inconformidad de la demandante está relacionada con el no cumplimiento de expectativas en el valor de la mesada pensional, el cual no es motivo para alegar una falta en el deber de información, pues la actora recibió la debida asesoría y ante tal supuesto debía someterse a las condiciones del sistema al que optó, tanto en lo que la pueda afectar o beneficiar. Además, incumplió la actora con el deber de diligencia y cuidado de sus propios negocios conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia, pues como quedó acreditado en el interrogatorio de parte, esta manifestó que no hizo cuestionamientos adicionales al momento de suscribir el formulario de afiliación. Solicitó que en caso de confirmarse la ineficacia del traslado, se absuelva lo relacionado con el traslado de los gastos de administración y seguros previsionales, pues estos fueron trasladados a terceros de buena fe, a las aseguradoras y los gastos de administración fueron necesarios para la administración de los recursos.

La apoderada judicial de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto que la actora está en la prohibición normativa de trasladarse o volver al RPMPD, pues cuenta en la actualidad con 54 años de edad, faltándole 3 años para alcanzar la edad para adquirir la pensión de vejez. De modo que debió haber elevado la solicitud de traslado a más tardar en el año 2013, pero sólo lo hizo hasta el año 2020, fuera de la fecha destinada por la Ley. Además, que la demandante no cuenta de acuerdo con la sentencia SU 130 de 2013, con 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994, pero conforme a la historia laboral, sólo acredita 720 semanas, por tanto, no puede beneficiarse del régimen de transición al contar para esa época con sólo 28 años de edad y por tanto al trasladarse de régimen pensional, perdió los beneficios de pensionarse con el régimen anterior. Aunado a ello, la actora ratificó su voluntad y ejerció su derecho a la libre elección de régimen conforme al artículo 13, permaneciendo durante más de 10 años efectuando aportes al RAIS, sin informar inconformidad alguna, por lo que el traslado al RAIS tiene plena validez sin vicios del consentimiento, sin que lo alegado por la actora se encuentre probado en el proceso.

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 de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A tu turno 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 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 18 del expediente digital obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 25 de marzo de 1966, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el en el mes de junio de 2020 (Archivo digital: *Subsanación.pdf*), 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 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, ni siquiera estaba afiliada al sistema de pensiones, dado que conforme a la historia laboral empezó a cotizar al ISS partir del mes de marzo de 1995 (Archivo digital: «GRP-SCH-HL-66554443332211_1903-20210120083124.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-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de febrero de 2.010 (Pág. 21, archivo digital *CD EDNA GUACANEME+ANEXOS.pdf*), 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 integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del

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”.

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 (16 de febrero de 2010), 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 consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, 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.

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 2010), 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, 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 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, 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 causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, 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.

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 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.

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

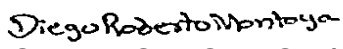
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTHA INÉS MONTTOYA GARCÍA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP'S PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A. Rad 110013105-023-2019-00080-01.

Con la finalidad de resolver los recursos 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, Protección y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de abril de 2021. De igual manera revisar la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA INÉS MONTTOYA GARCÍA**, pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual -RAIS, el día 08 de noviembre de 1995 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colmena, hoy Protección S.A., así como las nulidades de las afiliaciones posteriores que efectuó el 13 de noviembre de 1999 con el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 22 de noviembre de 2006 con el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. y la del día 30 de julio de 2007 con el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A, por no haberse brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de su situación personal y concreta. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, se retrotraigan las

cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RMPD, como sí nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y a lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se trasladó de la Caja de Previsión Social de Boyacá al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Colmena, el día 08 de noviembre de 1995. Que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con la cual se creó el RAIS y que para el caso en concreto entró a regir para los servidores públicos de los departamentos, municipios y distritos, así como de sus entidades descentralizadas a más tardar el 30 de junio de 1995, tal como lo establece el parágrafo 1 del artículo 9 de la ley 692 de 1994; por lo tanto se debe contabilizar a partir de esta fecha el tiempo establecido por el artículo 13 literal E de la Ley 100 de 1993 para realizar el traslado de Régimen Pensional, esto es (3) años. Señaló que el asesor comercial no le brindó información clara completa y oportuna acerca de la ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el del RAIS, en especial no le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de Régimen Pensional, tal y como se verifica en su declaración extrajuicio rendida el día 14 de diciembre de 2018. Que se trasladó de la AFP Colmena al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir el día 13 de noviembre de 1999; luego se trasladó a la AFP Colfondos el día 22 de noviembre de 2008. Posteriormente, se trasladó a la AFP Santander el 30 de julio de 2007. Agregó haber nacido el 27 de septiembre de 1962 y cumplirá los 57 años de edad. Que son las AFP Porvenir, Colfondos y Protección quien asumió la AFP Colmena y la AFP Santander quienes tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de ofrecerle la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de Régimen Pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo. Que la AFP Protección le realizó una simulación pensional dentro de su plan de vida bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional, para cuando cumpliera 57 años de edad, para el año 2019, arrojando como resultado la suma de \$781.242, mientras que realizando la simulación pensional en el RPMPD administrado por Colpensiones conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003, mesada pensional mensual equivaldría a la suma de \$1.162.298. Agregando que sumadas las semanas cotizadas y las proyectadas desde el 31 de diciembre de 1986 y el 27 de septiembre de 2019, arroja un total de 1.575 semanas. Finalmente, que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 20 de noviembre de 2018, sin obtener pronunciamiento alguno (Fl. 03 a 09).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, indicando que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa o abusiva, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS. Que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Anotó que la demandante no cuenta en la actualidad con ninguna vinculación vigente con la AFP PORVENIR S.A. Agregó, que la solicitud de nulidad de traslado de traslado de régimen es improcedente, por cuanto la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por la señora MARTHA INES MONTOYA GARCÍA al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a la AFP Porvenir, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante. Que, en efecto, la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley, es decir, el RPMPD o RAIS es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien manifiesta por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo. En ese sentido, concluyó que la demandante después de su correspondiente asesoría, diligenció su solicitud de vinculación o traslado, el día 23 de febrero del 2001, fecha en la cual se afilió a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. Presentó como excepciones las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 91 a 97).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitando se le absuelva todas y cada una de ellas, argumentando para tal fin que la actora no tiene derecho a la nulidad solicitada, pues la afiliación, cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la demandante a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la actora; agregó, que al

suscribir dichos formularios entre las partes, se presenta un negocio jurídico, en el cual se originan obligaciones recíprocas; estando en cabeza de la actora informarse de las consecuencias de traslado y siendo una información pública, la misma no la hizo, razón por la cual se está en presencia de un error de derecho que en términos del artículo 1509 del código civil, no vicia el consentimiento, por lo tanto no hay derecho a la nulidad solicitada por el demandante, pues no se evidencia que haya existido vicio del consentimiento alguno. Propuso como excepciones 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» (fl. 119 a 126).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, indicando vez que la afiliación al RAIS fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que en el formulario de vinculación que suscribió la actora, se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que 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 de la afiliada. Que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto válido y existente. Por tanto, no podía prosperar la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado como, pretensión principal, pues el acto jurídico cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos derivados de este. Presentó como excepciones de fondo, las de «inexistencia de las obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones» e «innominada o genérica» (Fls. 149 a 162).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, no tuvo participación en el traslado de régimen de la demandante, por tanto, no le asiste legitimación en la causa por pasiva. Agregó que, COLFONDOS S.A., si brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el RAIS del cual venía afiliada, en la que se le recordó 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 al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedé plasmado su consentimiento. Así mismo se le dio a conocer a la actora toda la información necesaria respecto de la forma como se construyen las pensiones en el RAIS, además de indicarle acerca de los parámetros propios de dicho régimen para el cálculo de las prestaciones económicas propiamente en lo que respecta a la pensión de vejez, la cual presenta diferencias respecto de la pensión en el RPMPD. Concluyendo, que al contar la demandante con una información, clara, cierta, completa y precisa frente a las características propias de los regímenes pensionales, la llevó de manera libre, voluntaria y espontánea a trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el mismo régimen del cual venía afiliado, conllevaba a afirmar que no existió omisión de información, como tampoco indebida o equivocada asesoría al momento del traslado de administradora de fondos de pensiones. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado», «no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de Prima Media con Prestación Definida», «buena fe», «validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad», «compensación y pago», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero», «nadie puede ir en contra de sus propios actos», «petición antes de tiempo», «ausencia de vicios del consentimiento» e «innominada o genérica» (Fls. 210 a 225).

En desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, se ordenó vincular como litisconsorte necesario al **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** (fls. 262 y 263), entidad que dio contestación a la demandada oponiéndose a las pretensiones, en tanto que la señora Martha Inés Montoya García, ostentó vinculación laboral con el Departamento de Boyacá desde el año 1986, motivo por el cual se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Social de Boyacá a la luz de la normatividad vigente en ese momento y con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y de lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994, la aquí demandante debía escoger el régimen del Sistema General de Pensiones al que quería afiliarse, esto es al de Prima Media con Prestación Definida o al de Ahorro Individual con Solidaridad, optando la referida señora por este último. Anotó que para la toma de dicha decisión, no tuvo ninguna injerencia, pues fue voluntad de la señora Montoya

García escoger el RAIS como su régimen pensional, motivo por el cual las presuntas falencias en la información a ella brindada acerca de las ventajas o desventajas que se otorgaban en los dos mencionados regímenes no le son imputables al Departamento de Boyacá. En consecuencia, esgrimió, el Departamento de Boyacá no tiene legitimación en la causa por pasiva dentro de este proceso, dado que de resultar avantes las pretensiones de la demanda, no se puede ordenar que las cosas se retrotraigan a su estado anterior, en la medida que la Caja de Previsión Social del Departamento de Boyacá no puede recibir la afiliación de la aquí demandante, por expresa prohibición contendida en los artículos 52 de la Ley 100 de 1993 y 34 del Decreto 692 de 1994. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva» e «inexistencia de obligación a cargo del Departamento de Boyacá» (CD fl. 274).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 06 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. y a las AFP COLFONDOS y PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior, condenó a la AFP PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo a la afiliación de la actora, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por administración ni por otro concepto, todo ello de manera indexada. Autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió la AFP COLFONDOS con ocasión del traslado efectuado el 01 de enero de 200.

Condenó a las AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por administración ni por otro concepto, indexado al momento del pago. Declaró que la actora se encuentra afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES, desvinculó al Departamento de Boyacá y condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a las anteriores conclusiones, señaló, en síntesis, que conforme a la jurisprudencia vigente, es un deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información completa suficiente y necesaria sobre las implicaciones que conllevaría el traslado de régimen pensional, especialmente respecto de las

características condiciones y diferencias de los regímenes pensionales, así como las consecuencias que lleva ese cambio; señaló ser procedente incluso declarar la ineficacia sin importar si se tiene o no un derecho consolidado y si se tiene o no el beneficio de la transición, o si se está próximo a pensionar. Sostuvo que en el presente asunto, frente a la forma cómo se dio la vinculación de la parte actora al RAIS en virtud de la inversión de la carga de la prueba le correspondía a la AFP PROTECCIÓN demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones de cambio de régimen, sin embargo no se logró establecer dichos elementos relacionados con el deber de información, siendo los únicos elementos de juicio aportados por Porvenir el formulario de afiliación, lo cual resultaba insuficiente, no era prueba suficiente para cumplir esta carga probatoria, dado que es un formulario preimpreso donde se establecen de manera general que de manera libre y voluntaria selecciona el régimen, pero que para el a quo no era suficiente, pues consideró que no se trataba únicamente de suscribir ese formulario, ni adherirse al mismo, de modo que no suplía el deber del buen consejo. En sentido, estimó que era procedente declarar la ineficacia del traslado inicial y las que se produjeron con posterioridad en el RAIS. Advirtió que COLPENSIONES debía recibir a la actora, pues si bien al momento del traslado se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Social de Boyacá, la única administradora del RPMP en la actualidad es COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN** apeló la decisión de manera parcial, en lo que tiene que ver con la devolución de las primas de reaseguro y cuotas de administración, para lo cual, argumentó en primera medida que la comisión de administración es un descuento autorizado por la ley 100 de 1993, del 3% sobre el 16 de los aportes realizados por los afiliados a pensiones, en ambos regímenes tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual y este 3% se usa para cubrir los gastos de administración y pagar las primas de reaseguro; que obra prueba en el expediente certificado rendimientos financieros de la cuenta de la demandante, donde se demuestra que sus aportes obtuvieron ganancias significativas frente a lo ahorrado, de modo que se administraron en debida forma estos recursos. Que, con dicha condena, más los rendimientos financieros generados, se está constituyendo en un enriquecimiento sin causa favor de Colpensiones, pues porque está recibiendo algo que ni siquiera está destinado a financiar la pensión de vejez de la demandante; por lo que incluso hay lugar a ejercer el derecho de conservar esta comisión de administración como restitución mutua a su favor respecto. Precisó que en los términos del artículo 1746 del Código Civil, si la consecuencia de la declaratoria

ineficacia la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se produciría como consecuencia, que el contrato de afiliación no existió y que al administrar los recursos de la cuenta individual, los rendimientos que produzca cuenta no se causaron y que no existe el cobro de una comisión de administración, lo que da lugar entonces a conservar la comisión de administración. Sostuvo que, conforme a jurisprudencia de la Sala de Casación Labora, las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros y que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido, entonces deben mantenerse las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe, de la misma manera el Decreto 2555 de 2010 señala que el manejo y los recursos administrados por los fondos de pensiones es vigilada por la Superintendencia Financiera Colombia; agregando que esta misma superintendencia en concepto del 17 de enero del 2020 indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad por la ineficacia de la afiliación debe darse aplicación estricta al artículo 7° del decreto 3995 en 2008, según el cual, cuando se da un traslado de régimen se traslada el dinero de la cuenta individual y los rendimientos financieros y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima respetando en todo caso la destinación de la gestión de administración y los rendimientos que se trasladan, y que tampoco debe trasladarse la prima del seguro previsional en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Añadió que frente a la comisión de administración sí opera el fenómeno de la prescripción en la medida que es un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que le impone la red, no es un porcentaje que esté financiando de manera directa la pensión y porque lo que se está declarado imprescriptible en los procesos de ineficacia es la acción o el tiempo para ejercer la acción.

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en lo relacionado con la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que estos dan un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, pues incluso en el RPMPD también se causan dichos gastos de administración, además no hacen parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción; sumad a ello la Superintendencia financiera ha conceptuado que los únicos dineros a reportar son los aportes junto con sus rendimientos, sin que proceda la prima de seguro previsional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Reiteró que el enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES, se configura en razón a que no hay norma que estipule la devolución de los gastos de indica que los gastos que se deben trasladar

cuando hay cambio de régimen es el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la pensión y por ende no pertenecen sino al fondo privado por su excelente gestión en generar rendimientos. Agregó que debe declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración, primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital o rendimientos, pues no financian la pensión, de modo que no puede predicarse de ellos la imprescriptibilidad.

Finalmente, la apoderada judicial de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto, que no existen vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para la demandante, como quiera que a la fecha del traslado la actora contaba con menos de 750 semanas, habiendo cotizado un total de 152.29 semanas con el ISS y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez, conforme a la sentencia C-789 de 2002, en cuanto a la llamada expectativa legítima. Además, la actora no era beneficiaria del régimen de transición para su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013. Aunado a ello, resaltó que la actora ratificó el negocio jurídico, toda vez que realizó 3 traslados entre AFP'S, lo cual evidenciaba que decidió continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 25 años, sin inconformidad alguna durante este periodo a los fondos; debiéndose tener en cuenta que los traslados horizontales en el RAIS, reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado decide continuar en dicho régimen aunque bajo la asesoría que le puede proveer otra AFP, las cuales compiten entre sí. Añadió que no se probó una información equivocada o falaz por parte de los fondos, máximo si se tiene en cuenta que para el año del traslado, 1995, sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado y que la inconformidad de la demandante está relacionada con la mesada pensional a recibir en el RAIS, siendo importante tener en cuenta un precedente horizontal del Tribunal Superior de Pereira, en torno a que esta inconformidad no es prueba para determinar un engaño por parte del fondo. En tal sentido, concluyó que lo que hubo fue in desinterés de la actora con respecto a revisar su situación pensional, por tanto, no hay lugar a declarar la ineficacia solicitada.

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, PROTECCIÓN y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ presentaron alegatos de conclusión, las dos

primeras, en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia y el ente territorial en procura de que se confirme el fallo en lo que respecta su absolución. De igual modo, la parte actora solicitó que se confirme 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 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 10 del expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 27 de septiembre de 1962, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 20 noviembre de 2018 (fl. 15), 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 -30 de junio de 1995, en su caso, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 8 años, 6 mes y 29 días por tiempo de servicio laborado en el Departamento de Boyacá y cotizado a la Caja de Previsión Social de Boyacá, equivalentes a 447.71 semanas de cotización (fls. 168 a 172), 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 08 de noviembre de 1995 (fls. 11 y 167), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA S.A., 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 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

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”.

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 PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA.

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 (08 de noviembre de 1995, fl. 11), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, 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 PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA, 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 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.

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 (08 de noviembre 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 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 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, 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 causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, 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.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a Caja de Previsión Social de Boyacá, 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 afiliada al régimen de prima media con prestación definida, es decir, que siendo hoy Colpensiones la única administradora del mismo, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen.

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 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 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,

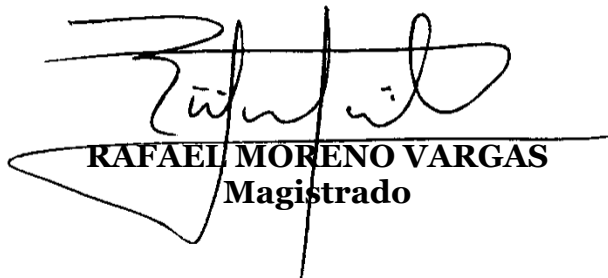
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

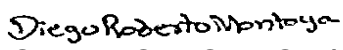
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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 junio de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALVARO MURILLO PARRA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - Rad. 110013105-001-2019-00243-01.

En la fecha, con la finalidad de surtir el recurso de apelación interpuesto por el 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 la parte demandante respecto de la sentencia proferida 03 de mayo de 2021 por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **ALVARO MURILLO PARRA** por medio de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se reconozca que le asiste el derecho al pago de un incremento adicional a la pensión de vejez, del 14% sobre la mesada pensional, por su cónyuge **LIGIA EDELMIRA GAMBOA DE MURILLO**, quien depende económicamente de él, en forma retroactiva desde la fecha a partir de la cual se dio el reconocimiento de la pensión de vejez y mientras subsisten las causas que le dan origen a la prestación, por 14 mesadas al año, con sus incrementos anuales, la indexación y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que le fue reconocida, una pensión de vejez por parte del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES mediante Resolución 023421 de 2007, aplicándosele el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, no obstante, no se le reconoció

ni pagó el incremento por personas a cargo a que se refiere el Acuerdo ya mencionado. Añadió que el día 27 de abril de 1968 contrajo matrimonio con la señora LIGIA EDELMIRA GAMBOA DE MURILLO, con quien convive y depende económicamente de él puesto que no recibe ninguna pensión o prestación económica, ni renta o sustento distinto alguno. Finalmente adujo que nació el 10 de diciembre de 1946, por tanto, al 1º de abril de 1994 cumplió con el requisito de edad establecido en el régimen de transición definido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 64 a 71).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando para tal fin que, si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición, aquel sólo se aplica en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, el número de semanas y el monto pensional, no a los beneficios adicionales como el incremento solicitado. Señaló que los incrementos pensionales fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta que la causación del derecho a la pensión de vejez por parte del demandante fue con posterioridad al 01 de abril de 1994, se colige que no causó el derecho y resulta improcedente condena alguna por dicho concepto, de conformidad con la sentencia de unificación emitida por la Corte Constitucional SU140 de 2019. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «prescripción», «la innominada» y «buena fe» (fls. 97 a 100).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 03 de mayo de 2021, el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada uno de las pretensiones incoadas en la demanda y condenó en costas al demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró, en síntesis, que la parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad en lo concerniente a la solicitud radicada ante la entidad demandada relacionada con la reclamación administrativa: Resolución 23421 de 2007, la cual le reconoció pensión de vejez, con lo que se demostró la dependencia económica del cónyuge accionante al no recibir renta o pensión alguna, y por ello considera que tiene derecho al incremento, informó que con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional que

resulta vinculante para el caso en concreto y las disposiciones legales pertinentes, se colige que los incrementos pensionales previstos en el Decreto 758 de 1990 para las pensiones de invalidez y vejez por cónyuge, compañero permanente, hijos menores o inválidos a cargo del beneficiario, fueron derogados desde la entrada de la ley 100 de 1993, por lo que para tener este beneficio el pensionado debe adquirir su derecho antes de la entrada en vigencia de la mencionada Ley, es decir, 01 de abril de 1994, lo que no ocurre en el presente caso dado que el actor adquirió su derecho a la pensión de vejez mediante la Resolución previamente mencionada, por lo que no le asiste el derecho ni el reconocimiento deprecado en virtud de la derogatoria de los incrementos conforme la sentencia SU-140 de 2019, emanada de la Corte Constitucional.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia, arguyendo para tal efecto, que quedó comprobado en las actas documentales, así como en las declaraciones de los testigos, que la señora LIGIA EDELMIRA GAMBOA DE MURILLO tiene una dependencia económica con el actor, con quien convive por más de 15 años, indicó que fundamentó el recurso también en el art. 21 del Acuerdo 49 de la ley 1990 del incremento de las pensiones, agregó que quedó demostrado que prevalece el beneficio que le puede asistir a la cónyuge del actor, ya que es un derecho que el Estado ha protegido basado en el artículo 29 de la Constitución Política. Finalmente hizo referencia a la Sentencia del 15 de julio de 2003 la cual fue aclarada por la Sentencia 25829 del Mag. Ponente Luis Javier Osorio López.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por 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, los sujetos procesales guardaron 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.

CONSIDERACIONES

Sobre el derecho a los incrementos pensionales, esta Sala de decisión había venido sosteniendo conforme al criterio expuesto por la Sala Laboral de la CSJ, que estos no habían desaparecido de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo había concluido la Alta Corporación en múltiples pronunciamientos predicando que los incrementos del 7 y 14% el Decreto 758 de 1990 conservaban su vigencia¹, 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, debía entenderse que conservaban su plena vigencia.

No obstante lo anterior, recientemente en la sentencia SL2061-2021 expedida por la Sala de Casación Laboral el diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021), varió su criterio precisando:

*«En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, **basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica**, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:*

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia 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 que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio

¹ Sentencias del 27 de julio de 2005 Rad. 21517, del 5 de diciembre de 2007 Rad. 29531, Rad. 36345 de agosto 10 de 2010, 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

de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada» (negritas ajenas al texto original).

Lo anterior, pose de presente que se acogió de manera pura y simple lo expuesto por la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estimó que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 los incrementos pensionales por persona a cargo desaparecieron de la vida jurídica. En ese orden, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, se acogerá en lo sucesivo el criterio allí expuesto, en tanto y en cuanto, que a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, quienes adquirieron el derecho a la pensión en vigencia de esta ley, aunque le resulte aplicable el Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la ley ibídem, no tienen derecho al citado incremento pensional.

Definido lo anterior, en el caso concreto se evidencia 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 N. 023421 del 07 de marzo de 2007 (fl. 19), por lo que en aplicación del criterio jurisprudencial expuesto, se concluye que al demandante no le asiste derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo, dado que, su pensión, pese a haber sido reconocida en la aplicación del Decreto 758 de 1990 lo fue en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la prestación personal por vejez otorgada a partir del 01 de enero del 2007; por ello, sin más consideraciones al respecto, se confirmará la decisión impugnada sin que sean necesarias más elucubraciones, quedando con ello cubiertos los argumentos de alzada.

En esos términos 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, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

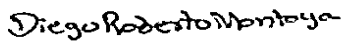
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por TERESA MORENO DE LONDOÑO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 110013105-021-2019-00816-01.

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 interpuesto por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de abril del 2021. De igual modo, revisarla en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **TERESA MORENO DE LONDOÑO** pretende se declare que el señor **JOSE NOLASCO LONDOÑO MUÑOZ**, dejó causado el derecho de pensión de sobrevivientes, con sus cotizaciones efectuadas al régimen de prima media con prestación definida -RPMPD, administrada anteriormente por el Instituto de Seguro Social -ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones, -COLPENSIONES. Se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes desde el día 26 de diciembre 1995, fecha de la muerte de su cónyuge el señor **JOSE NOLASCO LONDOÑO MUÑOZ**. Como consecuencia de ello se condene a COLPENSIONES, al pago de la pensión de sobrevivientes, junto con el interés moratorio en los términos del artículo 141 de la ley 100 de 1993, o en su defecto la indexación de las mesadas pensionales; costas y lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor JOSE NOLASCO LONDOÑO MUÑOZ, falleció el 26 de diciembre de 1995, por causas de origen común, quien se encontraba afiliado al RPMPD administrada por el ISS, hoy COLPENSIONES, habiendo cotizado más de 300 semanas antes del 01 de abril de 1994. Agregó que convivió en calidad de cónyuge con el causante desde su matrimonio celebrado el día 15 de noviembre del año 1980, precisando que al momento del deceso convivían juntos. Expresó que posteriormente, presentó en nombre propio solicitud de pensión de sobrevivientes ante el ISS, la cual fue respondida de manera negativa mediante la Resolución No. 18584 de 1996 bajo el argumento que el causante no reunía los requisitos exigidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993. Adujo que le reconocieron la calidad de beneficiaria pensional del causahabiente en la aludida resolución, otorgándosele la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes. Finalmente advirtió que el día 09 de abril de 2019 presentó ante COLPENSIONES solicitud de prestación económica (Fls. 03 a 11).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que, a la señora TERESA MORENO LONDOÑO se le reconoció una indemnización sustitutiva mediante Resolución No 018584 del 9 de noviembre de 1996 por valor de \$ 968.993.00, así mismo mediante Resolución No. 12287 del 20 de mayo de 2019 se le reliquidó un pago único por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente por el valor de \$546.764.00, por lo cual dichas semanas no pueden ser tenidas en cuenta para la pensión solicitada de conformidad al Decreto 1730 de 2001, artículo 6, por lo que señala que las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto. Agregó que el causante al momento de su deceso, no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 para dejar causada la pensión de sobreviviente, por no contar con las 26 semanas cotizadas durante el último año, es decir, dentro del período comprendido entre el 26 de diciembre de 1994, al 26 de diciembre de 1995, siendo la última, la fecha de fallecimiento, por lo tanto, considera que no hay lugar a acceder a la pretensión de la demandante. Formuló las excepciones de fondo, de «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno» , «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización

moratoria», «carencia de causa para demandar», «prescripción», «compensación», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (CD Fl. 43).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 08 de abril del 2021, declaró que la señora TERESA MORENO DE LONDOÑO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su cónyuge JOSÉ NOLASCO LONDOÑO MUÑOZ (q.e.p.d.) a partir del 26 de diciembre de 1995, en cuantía equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, junto con los incrementos legales anuales y con las mesadas adicionales. Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora TERESA MORENO DE LONDOÑO la pensión de sobrevivientes a partir del 9 de abril de 2016 en cuantía equivalente a 1 SMLMV. Autorizó a COLPENSIONES, para que efectúe los descuentos en salud, sobre el retroactivo que se genera hasta cuando sea incluido en nómina, con destino a la EPS, así como lo pagado a la accionante por concepto de indemnización sustitutiva, debidamente indexada. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a COLPENSIONES.

Para arribar a la anterior conclusión, mencionó que con base en reiterada jurisprudencia se evidenciaba que el causante dejó satisfecho el requisito de las semanas cotizadas bajo la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Indicó frente a la condición de beneficiaria, que fue la propia accionada la que reconoció otorgarle a la demandante la pensión sustitutiva de sobrevivientes. Adujo que no encontró acordes los argumentos de COLPENSIONES respecto de la incompatibilidad de recibir la indemnización sustitutiva y la pensión de sobrevivientes otorgada, en tanto, no se trata de una duplicidad de prestaciones que tienen el mismo origen, pues la reconocida es de carácter provisional y no trunca el derecho pensional de comprobarse la satisfacción de los requisitos necesarios para ello, destacando que cuando se condena al pago de la pensión por una contingencia del riesgo de invalidez, vejez o muerte de origen común se ordena descontar lo que se pagó por pensión sustitutiva respecto de esta, por lo que no existirían pagos dobles por el mismo concepto.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte **DEMANDANTE** apeló la decisión solicitando se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios en favor de la demandante, desde el reconocimiento de cada una de las mesadas pensionales, y que en el evento de autorizar descontar la autorizar la indemnización pagada a la demandante, se haga sin la indexación de dichas sumas por cuanto resulta perjudicial; en cuanto a la absolución de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sostuvo que según la jurisprudencia aplica a todo tipo de pensiones reconocidas con posterioridad al Sistema General de Pensiones, adicionalmente expuso que en fallos análogos de este Tribunal se han reconocido intereses moratorios a las demandantes en virtud de la condición más beneficiosa; a su vez, argumentó que en lo referente al descuento de la indemnización sustitutiva reconocida a la demandante de manera indexada genera una grave afectación en su patrimonio, ya estando afectada por la operación de la prescripción, puesto que únicamente recibirá tres años de retroactivo pensional pese a haber tenido el derecho a la prestación desde la fecha de fallecimiento del causante.

De igual manera, la apoderada judicial de la parte **DEMANDADA** apeló la decisión, argumentando que, siempre ha sido respetuosa con la ley, y que el 07 de marzo de 1996 la señora TERESA MORENO DE LONDOÑO solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero la entidad le negó el derecho teniendo en cuenta que conforme a la historia laboral del señor JOSÉ NOLASCO LONDOÑO MUÑOZ no se cumplía con los requisitos de la Ley 100 de 1993, pues para esa data, no estaban vigentes aun los lineamientos jurisprudenciales en cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, agregando, que COLPENSIONES se opone a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que las cotizaciones generadas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto, además expuso que no se debe vulnerar el principio de la seguridad jurídica de los actos administrativos expedidos por la entidad, por lo tanto, solicita a su vez, revocar la condena en costas toda vez que COLPENSIONES siempre actuó de buena fe.

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, las partes presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los de la alzada.

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 TERESA MORENO DE LONDOÑO acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del señor JOSE NOLASCO LONDOÑO MUÑOZ.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que el causante JOSÉ NOLASCO LONDOÑO MUÑOZ falleció el 26 de diciembre de 1995 según se evidencia en el Registro Civil de Defunción visto a folio 13; lo que permite determinar que la norma vigente para la fecha de su deceso lo fue el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, norma que exigía en torno al número de semanas para dejar causada la prestación en favor de los derechohabientes, *«Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte»; o «Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte».*

De entrada, se observa que el anterior requisito no fue cumplido en vida por el asegurado fallecido, pues resulta obvio que para las calendas en que ocurrió el fallecimiento no se encontraba cotizando pues su última cotización data del ciclo de noviembre de 1987, tal como se extrae de las historias laborales obrantes a folio 15 del plenario. De modo que no se configuran ninguno de los dos supuestos normativos antes mencionados.

En este orden de ideas, debe advertirse que en la decisión de primer grado se concedió el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Para ello aplicó lo reglado por el Acuerdo 049 de 1990, norma que operó en el tránsito legislativo y con la que consideró que cumplió el requisito pensional invocado, pues acreditó más de 300 semanas cotizadas anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo anterior, debe aclarar la Sala que el aludido principio contempla el reconocimiento de derechos adquiridos en el tránsito legislativo de una disposición legal que lo modifique, pero se reitera, debe tenerse a su favor un derecho adquirido para que pueda ser aplicado. En este caso, en el tránsito legislativo que opera entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993 en su versión original, la jurisprudencia de la H. Sala Laboral de la CSJ señala que para considerarse que se dejó un derecho adquirido en dicho tránsito se exige que el asegurado fallecido hubiere cotizado 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993¹, requisito que se cumplió en el presente proceso, pues según el registro de semanas cotizadas por JOSÉ NOLASCO LONDOÑO MUÑOZ, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 sufragó un total de 665,86 semanas, que le dan lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, en lo que al requisito de convivencia se refiere, debe señalarse que la calidad de beneficiaria fue reconocida por COLPENSIONES y tampoco la discutió en el proceso, a través de la Resolución No. 018584 de 1996, donde se le concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge (fl. 14), siendo el único argumento para negar la prestación periódica por sobrevivencia que aquí se reclama, el hecho de no haber reunido el causante el número de semanas requerido para tal fin. De ahí que al haber quedado demostrada la convivencia en común entre la actora con el fallecido por la vía administrativa, se considera que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y en tal virtud, se confirmará la decisión de primer grado, que arribó a similares conclusiones.

Con lo anterior, resulta suficiente para descartar los argumentos de la parte accionada, sin embargo, no sobra advertirle que tal como lo ha considerado Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que se haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, incluso, la de la pensión de vejez por parte del afiliado fallecido, es una circunstancia para nada impide que los derechohabientes de la pensión de sobrevivientes que se causa por la muerte del asegurado, la reclamen con el lleno de los requisitos legales exigidos para la viabilidad de esa contingencia.

Frente al monto de la prestación, que fue concretada en la sentencia de primer grado sobre el S.M.M.L.V., habrá de confirmarse, como quiera que ello no fue objeto de apelación por la parte actora y, concordancia con el inciso 3° del artículo

¹ Sentencias CSJ SL356-2019, SL763-2018 y SL4080-2017 entre otras muchas.

ibídem y el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, no es posible disponer un valor inferior.

Se confirmará lo atinente a la fecha en que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, pues de conformidad con los artículo 488, 489 del CST y 151 del CPTSS, las mesadas causadas con anterioridad al 09 de abril de 2016, toda vez que la demandante presentó la reclamación administrativa el 09 de abril de 2019 (fl. 19), y la demanda fue presentada el 18 de septiembre de 2016 (fl. 22), con ello, resulta un retroactivo pensional sobre 14 mesadas anuales, comprendido entre el 09 de abril de 2016 y 30 de junio de 2021, que asciende a **\$58.905.826** sin perjuicio del que se cause en lo sucesivo, razón por la cual, se modificará la decisión en la medida que el juez a quo no concretó la condena. Monto que, por demás, deberá pagarse debidamente indexado, según lo estimó el a quo.

RETROACTIVO 14 MESADAS				
DESDE	HASTA	No. MESADAS	VALOR MESADA	TOTAL
09/04/2016	31/12/2016	10,73	\$689.455,00	\$7.397.852
1/01/2017	31/12/2017	14,00	\$737.717,00	\$10.328.038
1/01/2018	31/12/2018	14,00	\$781.242,00	\$10.937.388
1/01/2019	31/12/2019	14,00	\$828.116,00	\$11.593.624
1/01/2020	30/04/2020	14,00	\$877.803,00	\$12.289.242
1/01/2021	30/06/2021	6,00	\$908.526,00	\$6.359.682
TOTAL				\$58.905.826

Igualmente, se mantendrá incólume la autorización a COLPENSIONES de descontar del retroactivo causado, lo que el I.S.S. le canceló a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva, la cual, tal y como lo ordenó el a quo, deberá ser debidamente indexada al momento de hacerse efectivo, tal como lo ha considerado la H. Sala Laboral de la CSJ, entre otras muchas en sentencia SL9769-2014, por lo que no tiene vocación de prosperar lo manifestado en tal sentido por la parte actora.

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que en la sentencia SL2994-2019 Rad. 77729, la HCSJ SCL indicó sobre excepciones a la imposición de intereses moratorios, precisando que se *«ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas que no corresponden a las del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y, **el segundo, cuando la actuación de la AFP estuvo amparada en el***

ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial, como por ejemplo el principio de progresividad (CSJ SL787-2013)», circunstancias que no ocurren en el caso que nos ocupa, donde la entidad demandada en su momento no reconoció la prestación pese a que, como se pudo ver, el causante sí había dejado configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes, aspecto que incluso se denota de la hoja de prueba para calcular la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, que tuvo en cuenta los días que configuraban el derecho a la prestación, por lo cual no existe justificación para que no proceda ésta condena. En tal sentido, tal y como lo explicó el a quo, en aplicación de la excepción de prescripción se encuentran prescritos los intereses causados con anterioridad al 10 de septiembre de 2016, siendo procedentes los mismos a parte de esta fecha.

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 COLPENSIONES, por resultar condenada en la presente causa.

Finalmente, se confirma la decisión en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que del retroactivo pensional realice el descuento de las sumas que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud de conformidad con lo reglado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de los argumentos expuestos, se modificará 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,

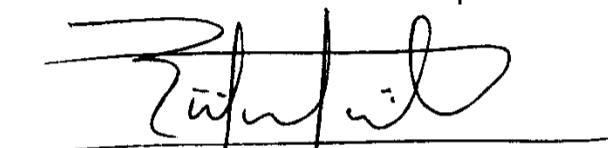
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional causado entre el 09 de abril de 2016 y el 30 de junio de 2021, asciende a la suma de \$58.905.826, sin perjuicio del que se cause en lo sucesivo, conforme se consideró en precedencia. En lo demás se confirma la decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

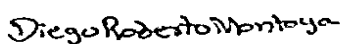
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JACQUELINE VELOSA ARISMENDI contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS. Rad 110013105-037-2018-00648-01.

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 parte accionada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de abril 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 **JACQUELINE VELOSA ARISMENDI**, pretende se declare la nulidad de su traslado de del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuada por COLFONDOS S.A el 22 de noviembre de 1994 y con fecha de efectividad 1º de diciembre de 1994. En consecuencia, se condene a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., como su actual administradora de pensiones, a entregar o restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubieren causado. Se condene COLPENSIONES a recibirla como afiliada con los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS, y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas allí cotizadas. Finalizó solicitando se condene

conforme las facultades ultra y extra petita, así como al pago de las costas procesales y agencias en derecho. Subsidiariamente, solicitó la ineficacia de dicho traslado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que estuvo afiliada y cotizando para pensión en el Instituto de Seguro Social, hoy Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, desde el día 1° de agosto de 1983, hasta el 22 de noviembre de 1994, cuando fue trasladada del RPMPD al de RAIS administrado por COLFONDOS S.A., sin embargo, aseguró que el traslado no se realizó de manera libre y voluntaria, pues no fue asesorada o informada por ese fondo, respecto a las implicaciones sobre sus derechos pensionales, con el traslado; no fue asesorada o informada por ese fondo, sobre los riesgos de cambiarse al RAIS, así como de las diferencias entre ambos regímenes, tampoco sobre las ventajas o desventajas o inconvenientes del régimen al que se trasladaba y en su caso particular. Asimismo, el fondo privado COLFONDOS S.A., no la asesoró respecto al régimen pensional que más le convenía, analizando sus condiciones particulares y específicas, teniendo en cuenta entre otras cosas, su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando, y su realidad económica concomitante y previsible; 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 de manera similar que en el RPMPS, o para mantener su mínimo vital. No 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 como influiría esto en su pensión. No le informó si tendría derecho o no a un bono pensional entregado por el RPMPD como consecuencia del traslado de régimen, y de tener derecho su monto, la fecha de redención, y sobre la posibilidad de tener que negociarlo, para anticipar su pensión; y como podría todo esto influir en su pensión. no le informó 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; y como influiría esto en su pensión. No le hizo proyecciones futuras de su pensión, con las hipótesis que podrían surgir en cada uno de los regímenes pensionales. No le informó sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el RAIS; y como influiría esto en su pensión. No le informó sobre las condiciones requeridas en el RAIS para pensionarse y/o pensionarse anticipadamente. No le informó sobre la influencia de la tasa de rentabilidad, la volatilidad en las rentabilidades del mercado financiero, la

rentabilidad del capital, en relación con la pensión de vejez en el RAIS; y como esto podría influir en su futura pensión. De igual modo, que el fondo privado COLFONDOS SA, al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, tenía a su cargo una responsabilidad con éste de carácter profesional, que le imponía el deber de asesorarlo de manera eficiente, eficaz, oportuna, integral, rigurosa, transparente, adecuada, diligente, prudente y completa, con respecto a la decisión de traslado de régimen pensional. De otro lado, informó solicitó COLPENSIONES la ilegalidad, nulidad o ineficacia del traslado, sin embargo, mediante respuesta del 30 de agosto de 2018 no accedió a tal solicitud. Finalmente indicó que el 27 de diciembre de 2.000 se vinculó al fondo privado PORVENIR S.A. (Fls. 03 a 16).

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 la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP COLFONDOS y no probó omisiones por parte de esta con relación a la información brindada por al momento del traslado. No probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la AFP privada, por lo cual no procede tampoco la declaratoria de nulidad, puesto que al ser taxativas las causales, es potísimo probarlas. Propuso como excepciones de mérito, las de «el error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento», «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «buena fe», «innominada o genérica» e «improcedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» (Fl. 97 a 108).

A su turno, la **AFP COLFONDOS 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 es completamente valida y que a la fecha la cuenta se encuentra inactiva y trasladada al fondo de pensiones PORVENIR desde el año 2001, que además reiteró su voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual afiliándose a COLFONDOS S.A., y PORVENIR. Además, la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse de régimen, toda vez que está a menos de 10 años para alcanzar la edad en la que puede reclamar la pensión, aunado a que no es beneficiaria del régimen de transición, así como tampoco cuenta con las semanas requeridas en sentencia SU 062 de 2010. De igual manera, sostuvo no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que fue ratificado durante veinticuatro (24) años, 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 que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado que pretende la parte demandante porque en ningún momento se está vulnerando su derecho pensional, puesto que la actora puede obtener una pensión de vejez en el RAIS, siempre y cuando cumpla con los requisitos de Ley. Añadiendo que COLFONDOS S.A., sí brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse al RAIS, en el que se le informó 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 al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes a dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fondo de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla Voluntad de Afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedó plasmado su consentimiento. Presentó 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 del consentimiento», «validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero», «nadie puede ir en contra de sus propios actos», «no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida» y «ausencia de vicios del consentimiento» (Fls. 126 a 143).

Mediante auto del 18 de noviembre de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP PORVENIR S.A. (fls. 158 y 159).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 15 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS; en consecuencia ordenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros y a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen y aceptar los valores que remita el fondo privado. Condenó en costas a COLFONDOS y PORVENIR.

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. En cuanto a la carga de la prueba, precisó que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones; que si bien la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, para la fecha del acto jurídico del traslado, contaba con más de la mitad de semanas requeridas para la pensión de vejez, aspecto que tuvo que tenerse en cuenta al momento del traslado; que incluso no se aportó el formulario de afiliación para verificar el cumplimiento de los requisitos que se requerían para el perfeccionamiento formal. Detalló que, de la declaración de parte, se advertía que la demandante de manera alguna expresó circunstancias fácticas que le perjudiquen; 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 la actora tomará la decisión del cambio de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

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 prohibición legal del traslado en la que ya se encuentra inmersa la 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 la 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. Advirtiendo que no se evidencia lesión injustificada a sus derechos pensionales, siendo el único motivo de descontento en el monto final de su mesada pensional; que de no acogerse sus argumentos, solicitó se condene a la AFP PORVENIR los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia laboral.

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 de conclusiones, en procura de confirmarse la sentencia. El extremo accionado 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 48 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 07 de agosto 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 petición elevada ante COLPENSIONES el 30 de agosto de 2018 (Fls. 49 a 52), 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, 508,42 semanas (fls. 59-60), 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 22 de noviembre del año de 1994 (Fl. 145), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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

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”.

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.

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, plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (fl. 145), 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.

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 (22 de noviembre de 1994 fl. 145), 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. 145), 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 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 igual sentido y con este alcance, estima la Sala que debe adicionarse la decisión en los términos solicitados por COLPENSIONES y ordenarse la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros causados y deducidos por la AFP PORVENIR, entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

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.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que la 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 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, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se adicionará 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,

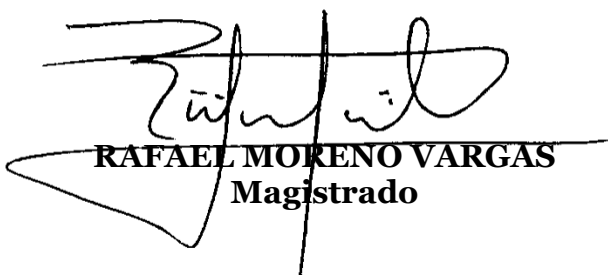
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** los gastos de administración que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por concepto de seguros previsionales durante el tiempo que estuvo afiliada la actora en dicho fondo de pensiones, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado IRMA ALICIA FLORES HINOJOS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS. Rad 110013105-037-2018-00598-01.

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 parte accionada, COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 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

La señora **IRMA ALICIA FLORES HINOJOS**, pretende se declare para todos los efectos la ineficacia de su afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual, para que pueda afiliarse a COLPENSIONES, en subsidio, se declare para todos los efectos la NULIDAD de la afiliación traslado del ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual. Para que pueda afiliarse a Colpensiones. Se condene a COLFONDOS, SKANDIA Pensiones y Cesantías S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS a entregar a COLPENSIONES el capital ahorrado más los frutos y beneficios que ha percibido, los gastos de administración y cuota de manejo que hubiesen descontado las demandadas. Se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho, e igualmente, se condene a COLPENSIONES si se opone a las pretensiones, en costas y agencias en derecho. Más el pago de lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido en la ciudad de México, D.F. el 24 de febrero de 1962. Que, en el año 1999, fue contratada por la Escuela Colombiana de Rehabilitación para trabajar en Colombia, cuando fue abordada por un asesor comercial de HORIZONTE, hoy Porvenir, quien le hizo firmar un formulario de afiliación en blanco, precisando, no estaba capacitado para asesorarla en materia pensional, vendiéndole la falsa idea que Horizonte era la mejor opción en materia pensional, pero no le informó de los requisitos mínimos para trasladarse al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, si ella deseaba hacerlo. No le indicó la forma como se liquidaría su pensión en el RPM al momento de cumplir los requisitos de Ley, ni la indicó la forma como se liquidaría su pensión en el RAIS al momento de cumplir los requisitos de Ley. Tampoco le indicó que debía contar con un capital mínimo para acceder a la pensión de vejez. Pero le indicó que, no era necesario conocer su caso personal, ya que se pensionaría cuando quisiera sin requisito mínimo de edad. Le garantizó que el valor de su mesada pensional, sería superior a la que recibiría con el ISS hoy COLPENSIONES. No se le informó de la opción de retracto.

El representante comercial del Fondo de pensiones, le prometió un mejor futuro para su vejez. El Fondo de pensiones, le garantizó que el trámite para obtener la pensión de vejez sería muy rápido, y en el momento en que es lo quisiera hacerlo. No le informó los criterios que utilizarían para liquidar su pensión de vejez. Se le informó al momento de la afiliación, que tendría beneficios en sorteos de dinero que incrementarían su pensión, beneficio inexistente. No se le informó que para obtener su pensión anticipada y con mayor cuantía debía hacer aportes voluntarios al administrador de fondos para garantizar el capital mínimo requerido, ni le indicó si afiliarse a este fondo le traería ventajas o desventajas comparados con el ISS hoy Colpensiones, ni que le cobrarían una cuota de administración mensual de sus aportes al fondo, ofreciéndole que le prestaría un servicio óptimo, sin trámites extensos y dispendiosos para el reconocimiento y pago de la pensión. Además, le indicó que los beneficiarios (sus hijos) contarían con mayores garantías, ya que la plata de la pensión estaba respaldada por el sistema financiero nacional. Obedeciendo a lo anterior, suscribió el formulario de afiliación. Afirmó que todas luces el asesor comercial no fue una persona idónea para asesorarla, ni fue una persona honesta por cuanto ocultó la forma de pensión en el RPM. Tampoco tenía especialización en materia pensional, pues de haberla tenido, le hubiera hecho una proyección de su pensión en ambos regímenes. Añadió que las entidades financieras deben suministrar a los consumidores financieros información cierta, clara suficiente y oportuna que les permita a los consumidores conocer adecuadamente sus derechos y entre otros. En ese sentido, durante casi diecisiete años

estuvo en Porvenir, sin recibir información que le develara las desventajas calladas por el agente comercial de la Administradora de Fondos de Pensiones, a pesar de tener sus datos de contacto como correo electrónico y dirección física. En ningún momento le enviaron información escrita y/o virtual que le indicara que hacer aportes voluntarios incrementaría el monto de su pensión; jamás se le Invitó para que le realizara una proyección de su vejez. No se le informó como serían las reglas de su pensión en el Régimen de Prima Media. De otro lado, sostuvo que Old Mutual hizo una campaña en la Universidad de los Andes en 2016, lugar de su trabajo. Old Mutual bajo la promesa de préstamos para vivienda la abordaron para trasladarse, cuando ya tenía más de 50 años de edad y firmó formulario de afiliación sin recibir información adicional (fls. 05 a 21).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

A su turno, la **AFP SKANDIA 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 demandante nunca realizó un traslado de régimen pensional, pues nunca estuvo afiliada al I.S.S. hoy COLPENSIONES. En este entendido, la presente demanda carece de circunstancias fácticas o jurídicas que determinen la ineficacia de la afiliación al RAIS de la demandante. Que la afiliación que se realizó la demandante con esta AFP, goza de plena validez ante la ley, por tanto se puede afirmar que el traslado de AFP realizado no presenta ningún vicio del consentimiento, pues fue un acto voluntario con el respectivo fondo, que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades y se rigió por el artículo 1495 del Código Civil, precisando que la elección libre y voluntaria de la demandante, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, norma que se encuentra vigente y que surte plenos efectos jurídicos. Que la señora Irma Alicia Flores al momento de afiliarse con 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 la cual es una AFP que pertenece al mismo régimen pensional de la AFP SKANDIA S.A. y presenta las mismas características en materia pensional. Presentó como excepciones de fondo las de, «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y la «genérica» (Fls. 66 a 86).

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 se demuestra que la demandante haya sido engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aun, cuando permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en este Régimen. Por lo anterior, la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual por decisión propia como lo demuestra su firma en el primer formulario de afiliación a la AFP PORVENIR Y OLD MUTUAL S.A., sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en los Fondos privados referenciados, razón por la cual es el fondo privado de pensiones quien debe resolver su situación pensional. Propuso como excepciones de mérito, 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. 105 a 115).

A su turno, la **AFP PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitando se le absuelva de todas y cada una de ellas, en la medida que la afiliación de la parte demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT. Sin perjuicio de lo anterior, sostuvo no era procedente declarar la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad Social o que impidan dicho derecho, es decir, se refiere dicha ineficacia a situaciones o actuaciones dolosas, la cuales ni se alegan ni se acreditan en esta demanda respecto de la afiliación de la parte demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad del sistema de seguridad social en pensiones. En todo caso, aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 20 de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las de, «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Fls. 136 a 155).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 15 de abril de 2021, declaró la ineficacia del acto jurídico de vinculación al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad que realizó la demandante con la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PORVENIR S.A., el 19 de febrero de 1.999. Ordenó como obligación de hacer, que las demandadas AFP SKANDIA, su actual AFP y COLPENSIONES, en un término de 15 días realicen una doble asesoría a la demandante sobre su estado pensional, en relación con el volumen de semanas cotizadas y el capital ahorrado, para que tome una decisión informada y decida a qué régimen quiere pertenecer. Que en el evento que decida la demandante continuar en el RAIS, no se impondrá ninguna obligación posterior, pero en caso que decida afiliarse al RPMPD, SKANDIA deberá remitir con destino a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual, junto con el reconocimiento de los rendimientos financieros causados.

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. En cuanto a la carga de la prueba, precisó que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones; que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, para la fecha del acto jurídico del traslado, pues su afiliación inicial al sistema general de pensiones se dio en el mes de febrero del año 1999, con lo cual no tenía ninguna expectativa de aplicación de condiciones de régimen pensionales anteriores. En ese sentido, explicó que desde el plano formal las afiliaciones efectuadas al RAIS contaban con los requisitos legales y reglamentarios para la época, no obstante, sostuvo que el deber de información aplica a todos los afiliados y debe ser garantizado en todos los escenarios administrativos como en los escenarios judiciales, no sólo a las personas que solicitan una nulidad o ineficacia del traslado entre régimen pensionales, sino que su garantía debe primar en todos los actos que correspondan a la afiliación, máxime en el caso concreto que se trata de una ciudadana mexicana, donde exigía explicar con mayor detalle toda la información relacionada con el régimen de seguridad social en pensiones. En tal sentido, detalló que, de la declaración de parte rendida por la demandante se advertía que no recibió la información necesaria para la afiliación y que ésta desconocía las características de ambos regímenes pensionales. En ese sentido, señaló que los efectos de esa falta de información en el caso concreto, no era otro que declarar la ineficacia del acto jurídico de la afiliación al sistema de pensiones y como mecanismo de protección a su derecho a la seguridad social, no accedía a las pretensiones conforme fueron invocados en el libelo introductor, por el contrario, estimó

que en uso de las facultades ultra y extra petita era dable ordenar que se le realizará una doble reasesoría por parte de COLPENSIONES y SKANDIA sobre su estado pensional, en relación con el volumen de las semanas cotizadas y el capital ahorrado, para que tome una decisión informada y decida a qué régimen quiere pertenecer. Lo anterior, con la finalidad de garantizar el deber de información, que no fue cumplido.

RECURSO DE APELACIÓN

La apodera judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, para que se modifique el ordinal tercero de la decisión, en el evento que en el evento de que la demandante decida afiliarse en el régimen de prima media los gastos de administración sean ingresados a los recursos de COLPENSIONES, pues según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver dichos gastos y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

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 solicitó se revoque la decisión de primer grado. Los demás intervinientes 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.

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.

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”.

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 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 la hoy demandante nació el 24 de febrero de 1962 (fl. 05), por lo que la edad de 57 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 julio de 2019 (Fl. 22), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad

para adquirir el derecho. Por otro lado, según informa el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS la demandante se afilió al sistema pensional, por primera vez, a través de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 19 de febrero de 1999 (fl.158 vuelto), posteriormente, se afilió a la AFP OLD MUTUAL el 24 de febrero de 2016 (fls. 87 a 91). Aspectos que por demás no fueron controvertidos por la accionante. Con lo cual, se pone de presente clara e inequívocamente que la demandante no solo nunca estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- sino que incluso no tenía régimen pensional previo alguno al que importara o incidiera su inicial y única afiliación al sistema integral de seguridad social en pensiones.

En ese contexto, en el sub examine no se encuentra acreditado el traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS, lo cual imposibilita a la Sala verificar el alegado incumplimiento del deber de información respecto de las conveniencias y/o inconveniencias de afiliarse por primera vez a uno u otro, por parte de la administradora de pensiones a la que se afilió inicialmente por cuanto no mediaba o existía un parámetro de comparación a verificar y por obvias razones, mucho menos a la administradora del Régimen de Prima Media en este caso, el ISS hoy Colpensiones a la que no acudió para recibir la tan mentada información pertinente o, por lo menos no lo acreditó en el proceso, y sin que ello hubiere sido o sea un deber u obligación de parte del ISS hoy Colpensiones cuando nace en el ciudadano el interés de afiliarse por primera vez al sistema pensional, o del fondo privado en este particular contexto.

En un escenario fáctico y probatorio como el presente, aunque se concluyera que, en efecto, dicha AFP omitió el cumplimiento de sus obligaciones legales y se declarara la ineficacia de su afiliación inicial por una eventual falta de información relevante respecto de la conveniencia o inconveniencia de haberla afiliado, no habría lugar devolverla a un régimen al cual nunca perteneció, advirtiéndole en gracia de la discusión, que no se requería brindar información adicional en torno al mismo, pues se itera no pertenecía al mismo y no demostró que hubiere demostrado interés en él antes de su decisión libre y voluntaria, como así lo confiesa, de pertenecer al otro régimen pensional que el sistema jurídico le dispensaba desde el primero de abril de 1994, por lo que tuvo un interregno de tiempo de casi cinco (5) años para escoger el régimen pensional de su interés y así eligió a uno y no otro. De modo que en sentir de la Sala no es dable concluir como lo hizo el a quo, que hay lugar a declarar ineficaz la afiliación al sistema de pensiones y ordenarle una reasesoría porque nunca estuvo en el RPMPD, sobre todo por ser dos entidades que nada tuvieron que ver en el acto inicial de afiliación, afectando principalmente a la entidad frente a la

cual se revisa la decisión en el grado de consulta, COLPENSIONES, pues es claro que con esa orden se da patente de corzo para que la hoy demandante se afilie al RPMPD desconociendo los requisitos que en materia de traslado de regímenes se encuentran vigentes, máxime, cuando en toda su vida laboral nunca efectuó un aporte al RPMPD pero si los efectuó en su totalidad al RAIS.

Es de recordar sobre este puntualísimo aspecto, que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia pretendida en el presente proceso, en los términos jurisprudenciales vigentes, es dejar sin efecto alguno dicho acto jurídico, *«debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido»* (CSJ SL1421-2019), lo cual, en el caso de marras no es posible ante la ausencia de un traslado de régimen, implicando por el contrario, que la actora quedase desafiada del sistema general de seguridad social en pensiones, lo cual sí comportaría una vulneración al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones de la aquí demandante.

En todo caso, ante la inaplicabilidad de las consecuencias que jurisprudencialmente se encuentran vigentes, debe decirse que eventualmente lo procedente sería imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 pero ello no es lo que se solicita en esta causa, siendo igualmente asignada a las instancias administrativas allí señaladas. Sin que sea dable en este contexto decisonal, trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a Colpensiones, entidad que no intervino en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que vino a establecerse con ocasión de la expedición de la Ley 1748 de 2014.

En consonancia con lo analizado, y por sustracción de materia, la Sala se releva del estudio del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones.

En ese sentido, queda agotado el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que 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 la demandante.

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,

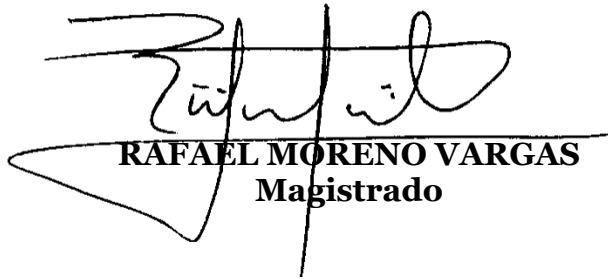
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver al extremo accionado de las pretensiones incoadas por la parte actora, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación. Las de primera instancia, corren a cargo de la parte actora.

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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JACINTO LUNA MOLINA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-012-2019-00138-01.

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 la accionante contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **JACINTO LUNA MOLINA**, pretende se declare que se afilió al régimen de pensiones administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS a partir del 7 de julio de 1981, que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -AFP Porvenir S.A. en marzo de 1995 mediante la suscripción del formulario de afiliación bajo engaño del fondo privado; en el mismo sentido solicitó se declare que al momento del traslado de régimen pensional contaba con una expectativa legítima de causar su derecho en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida- RPMPD, toda vez que contaba con 278.29 semanas cotizadas; así mismo pretende se declara que Porvenir omitió su obligación de informar y asesorar con claridad y veracidad las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional respecto de las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional, previo a disponer de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- RAIS. En consecuencia, se declare que

debido a la falta de información clara y completa sobre los efectos de dicho traslado, perdió la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables contenidas en el actual régimen pensional administrado por Colpensiones. Se declare la nulidad del traslado de régimen pensional realizado en el mes de marzo de 1995, para dar plenos efectos al acuerdo de revocatoria de pensión del 28 de octubre del 2018 celebrado con Porvenir, en el mismo sentido dejar sin efectos la comunicación expedida por el fondo privado el 15 de enero del 2019, mediante el cual se negó la solicitud de revocatoria de pensión de vejez previamente autorizada. Sentido se ordene a Colpensiones la reactivación de la filiación y a Porvenir devolver los valores que hubiere recibido con motivo de la filiación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil. Finalmente solicitó se condene en costas, así como conforme las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 3 de septiembre 1960; que el 7 de julio de 1981 se afilió al RPMPD, administrado por el ISS, hasta el mes de julio 1990, acreditando 278 semanas cotizadas; precisó que hacía el mes de febrero de 1995 asesores de Porvenir le ofrecieron el traslado al RAIS, presentando este como el más beneficioso, manifestándole que en su caso particular accedería a su derecho pensional en una fecha anterior a la prevista por el Instituto de Seguros Sociales y en cuantía muy superior a la que podría generar de permanecer en el Régimen de Prima Media, resaltó que el asesor de Porvenir le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales, sería reformado incrementando los requisitos para acceder al derecho pensional por vejez, en edad y semanas mínimas de cotización requeridas; que se reduciría considerablemente la tasa de reemplazo para cuantificar el derecho pensional, advirtiéndole de los múltiples riesgos que acarrearía su permanencia en dicho régimen; adicionalmente precisó que nunca se le informó que su derecho pensional quedaba condicionado a la redención de su bono pensional, cuya fecha de redención normal lo sería sólo hasta el cumplimiento de 62 años; en el mismo sentido omitió realizar una proyección pensional comparada, que acredite que el RAIS le ofrecía una realidad pensional más favorable; insistió que no se le informó acerca de las implicaciones de su traslado de régimen como tampoco se le expuso cuál era el capital mínimo requerido para causar una pensión siquiera por el salario mínimo legal de esa época, menos aún de los aportes que debía asumir; resaltó que nunca se le puso de presente información clara y suficiente sobre los efectos de su decisión y traslado de régimen, pues de haberlos conocido no hubiese firmado el formulario de traslado; señaló que su consentimiento estuvo viciado por error en el que lo indujo el fondo privado. Destacó que el 3 de mayo 2018 presentó solicitud de pensión de vejez anticipada a Porvenir, entidad que el 20 de septiembre 2018 le informó que la solicitud de pensión había sido aprobada, indicando que el valor de la primera mesada sería de

\$3.457.154; atendiendo a que la estimación de la mesada pensional no se ajustaba a su aspiración pensional el 23 de octubre 2018 realizó un acuerdo de revocatoria de pensión junto con la liquidación de los valores que debía reintegrar, no obstante Porvenir posteriormente desconoció de manera unilateral el convenio celebrado y mediante comunicación del 15 de enero 2019 negó la revocatoria aduciendo que el reconocimiento pensional no puede ser revocado pues no existe fundamento legal para ello. El día 21 de noviembre 2018 presentó ante COLPENSIONES solicitud de traslado con fundamento en nulidad de la filiación por vicio del consentimiento solicitud resuelta de manera negativa del 15 de enero del 2019 (Fls 01 a 12).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** Contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas, solicitando se absuelva de todas y cada una de ellas; argumentando que el día 21 de julio de 1995 el demandante suscribió de forma libre y espontánea solicitud de vinculación a la AFP Porvenir, resaltó que el accionante no allegó prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan el engaño aducido; en el mismo sentido respecto la expectativa legítima al demandante al momento de realizar el traslado precisó que contaba con 278 semanas cotizadas y 34 años de edad, lo que implica que no cumplía con los requisitos para acogerse al régimen de transición ya que le faltaban cerca de 1000 semanas de cotizaciones; resaltó que la filiación se realizó completamente informada toda vez que el accionante recibió asesoría de manera verbal frente a las condiciones y características del RAIS; agregó que la afiliación es válida y el contrato suscrito generó una serie de efectos jurídicos que por la naturaleza del mismo no es susceptible de retracto; insistió que fue voluntariamente que el demandante accedió a la pensión de manera anticipada, en consecuencia no hay lugar a realizar traslado alguno a favor de Colpensiones. Presentó 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» (Fl.121 a 141).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, toda vez que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen lo cual demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen y que la elección del mismo se llevó a cabo de manera libre espontánea y sin presiones dejando sin certeza lo estipulado en el escrito de la demanda. Recalcó que cotizó un total de 278 semanas e insistió que la afiliación a Porvenir fue válida ya que no probó error, fuerza o dolo en la filiación, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad e

ineficacia puesto que al ser taxativa las causales de nulidad se deben probar en el proceso, por lo anterior destacó que no hay lugar a tener el demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues voluntariamente decidió trasladarse de fondo. Presentó como excepciones las de «Prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 251 a 257).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN PORVENIR S.A. El apoderado judicial de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. presentó demanda de reconvención, solicitando que en caso de declararse la nulidad o inejecución del traslado, se ordene al señor JACINTO LUNA MOLINA, devolver todos los dineros que haya recibido por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez. La anterior pretensión, en razón a que el demandado en reconvención radicó solicitud de prestación económica por vejez el 03 de mayo de 2018, el cual fue resuelto favorablemente a partir del 20 de septiembre de 2018, habiendo recibido a la fecha de presentación de la demanda un total de \$255.624.618 (Fls 111 a 114).

CONTESTACION DEMANDA DE RECONVENCIÓN. El señor Jacinto Luna Molina a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda de reconvención presentada por Porvenir S.A. argumentando que presentó pensión de vejez anticipada ante Porvenir S.A. y que mediante comunicado del 20 de septiembre de 2018 le informan que fue aceptada su solicitud con una pensión de \$3.457.154 siendo efectivo a partir del mes de septiembre de 2018, agregó que al no ajustarse la mesada pensional a su aspiración, desistió de la solicitud de pensión de vejez anticipada, que el 23 de febrero de octubre de 2018 la gerente de beneficios pensionales de Porvenir remitió el acuerdo de revocatoria de pensión; pese a esto Porvenir posteriormente negó tal revocatoria, aduciendo que el reconocimiento pensional, no puede ser revocado pues no existe fundamento legal para ello. Presentó como excepciones las de «cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación», «prescripción» (Fl. 271 a 277). Posteriormente en audiencia del 22 de abril de 2021 presentó allanamiento a las pretensiones de la demanda de reconvención.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 22 de abril de 2021; absolvió a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JACINTO LUNA MOLINA. En el mismo sentido absolvió al señor JACINTO LUNA MOLINA de las pretensiones

incoadas en su contra por PORVENIR en la demanda de reconvención. Finalmente declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, y la de inexistencia de causal de nulidad y/o ineficacia de la relación jurídica de afiliación formulada por las demandadas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis señaló, que de acuerdo a la jurisprudencia laboral vigente, se ha precisado la libertad de informar, que si el fondo de pensiones no demuestra que brindó información clara y suficiente, también se puede demostrar que existieron actos de los cuales se puede ratificar esa libertad informada. Señaló por otro lado, que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidado, consumando, un estado jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, porque daría lugar a disfuncionalidades desde el punto de vista de bonos pensionales dentro de las modalidades pensionales, agregó que el dinero expuesto en el mercado que generó rendimientos por la AFP, por tanto no se regresaría únicamente el reconocimiento de la pensión, si no todas las operaciones según la modalidad pensional elegida dentro de esa condición en virtud del cual el pensionado o el afiliado recibe devolución de una parte del capital ahorrado, señaló que en esa hipótesis los recursos generarían un déficit financiero del RPMPD, en detrimento de los intereses de los colombianos, por ello resaltó que frente a la falta de información el precedente jurisprudencial establece que desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de informar sobre el sistema pensional de tal modo que corresponde a los jueces evaluar el cumplimiento, no siendo suficiente el simple surtimiento en el formulario afiliación, pues se requiere un consentimiento informado. De otra parte resaltó que al tener el derecho consolidado se convierte en un derecho irrenunciable bajo esa modalidad; en el caso en concreto resaltó que el demandante suscribió el contrato de retiro programado celebrado con el fondo de pensiones, ostentando la condición de pensionado; agregó que según el formulario número de afiliación 05807 71 del 21 de julio de 1995 si bien en principio no tiene condición de información mínima que se requiere para los efectos de la demostración del requisito de existencia del consentimiento informado, debían tenerse en cuenta diferentes elementos desde el punto de vista probatorio que conllevaría a la aplicación de la teoría de los actos de relacionamiento, no como están señalados en la sentencia 3752 del año 2020 toda vez que en esa sentencia se trató el problema de la nulidad del traslado, si no desde la óptica de actos de relacionamiento adhiriéndose al fenómeno de los traslados horizontales, según los cuales, puede existir expresión de la voluntad en actos como la actualización de datos, asignación y cambio de claves, lo que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en dicho régimen. Señalando así, que lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción en la realidad, que no quede

duda la voluntad del demandante de pertenecer a un régimen. En ese orden, resaltó que el demandante suscribió 3 formularios de pensiones voluntarias, el primero el 26 de julio el año 1996 y segundo el 19 de mayo del 1998 donde estableció una modalidad de consignación directa y el tercer formulario el 15 de julio de 1998 en los cuales se estableció que había montos de aportes y porcentaje del 20%, circunstancia de la cual, resaltó que hace entrever que sus actos voluntarios entrarían a determinar un ánimo de permanencia en el RAIS. Por otra parte señaló que a partir de la suscripción del contrato de modalidad de ahorro individual con solidaridad, en ese contrato para retiro programado el demandante suscribió y determinó cuál sería su pensión, mesada pensional, mes adicional, auxilio funerario, así mismo se describió la modalidad de retiro programado y cuáles eran las condiciones en las cuales se iba pensionarse conforme el artículo 81 de la ley 100 de 1993, también se le señaló los riesgos, las condiciones del retiro programado, reajustes de la mesada pensional, y controles de saldos; en señal de aceptación del 3 de mayo del 2018 el demandante suscribió tal contrato, con efectos a partir del 24 de agosto de 2018 procediéndose a su pago y con posterioridad manifestó que no estaba de acuerdo con el valor de la mesada, allegando solicitud de revocatoria argumentando que prefería esperar la redención ordinaria del bono pensional según el artículo 116 y siguientes de la ley 100 de 1993 la cual se tiene previsto para el 3 de septiembre del año 2022 fecha en la cual el demandante cumpliría sus 62 años de edad, resaltó que si bien el demandante efectuó una consignación con fecha del 23 de octubre al 2018 del reintegro de los pagos a Porvenir, la sociedad administradora de pensiones reconoció y pagó una pensión anticipada a partir de septiembre de 2018 realizando los pagos por concepto de mesadas que efectivamente han ingresado al patrimonio del trabajador, resaltando que dentro de su régimen de capitalización inclusive en condiciones comparativas con el Régimen de Prima Media, desde el punto de vista de condición de pensión anticipada resulta más beneficioso el régimen en el cual se encuentra afiliado pues este requisito estaría solamente a partir del año 2022 en el Régimen de Prima Media. Concluyó que en el interrogatorio de parte el demandante manifestó la posibilidad de invertir en títulos de deuda pública propios del régimen de capitalización, así mismo tenía claridad sobre la manifestación de excedentes de libre disposición, lo que tiene que ver con la aplicación del artículo 84 ley 100 de 1993 que así mismo es propio de un régimen de capitalización, elementos que dieron pie a que el Despacho evidenciara manifestaciones de voluntad de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia solicitando se revoquen los numerales 1, 3 y

4 para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda y se condene en costas a las accionadas; argumentando para tal efecto que no comparte la decisión de instancia en la medida que aseveró no se encuentra la teoría de los actos de relacionamiento, argumento que la Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencias como SL 33083, SL 1452 de 2019, SL 121 36 de 2014 SL 44964 de 2018, SL 037 2019, SL 1688 de 2019, SL 1897 2017, establecido en materia de afiliación que debe darse un consentimiento informado, esta información debe ser clara, cierta, suficiente y oportuna; resaltó que al accionante Porvenir lo único que le informó al momento de su traslado a folio 169 del expediente en el año 1995, fue que el Seguro Social se iba a acabar sin brindarle un argumento adicional; por ello precisó que no se encuentran los presupuestos de haber recibido una información clara, cierta, suficiente y oportuna como lo señala las sentencias antes citadas, y por esta razón puntualizó que el despacho de primera instancia debió haber reconocido o aceptado la ineficacia del traslado.

En lo referente a la teoría de los actos de relacionamiento precisó que no es cierto que el demandante hubiera tenido traslados horizontales, pues en el expediente no está probado, ni se acreditó tal situación, siendo su único fondo de pensiones Porvenir; y por lo tanto destacó no existen actos de relacionamiento con otras entidades de los fondos de pensiones como lo concluye el despacho en primera instancia; destacó que comete un error el despacho al señalar la fecha de la firma de formulario en 1998, pues explicó es del año 2018, insistió en tal fecha pues para el año 2018 el demandante contaba con 58 años de edad y por lo tanto no podía válidamente devolverse al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, aclaró que el despacho toma como fecha de información suficiente el formulario suscrito el 3 de mayo de 2018, fecha para la cual el demandante ya no tenía la posibilidad de volverse a Colpensiones y por lo tanto la información fue tardía, siendo inoportuna. Del mismo modo precisó que el documento del cual el despacho señaló que cobró mayor relevancia los actos de relacionamiento, esto es el concerniente a la revocatoria de la pensión otorgada al señor Jacinto Luna, señaló que ese documento no fue construido por el demandante, por el contrario fue enviado por la misma entidad Porvenir el 23 de octubre de 2018, como da cuenta del correo anexo al expediente que fue emitido por la señora María Lorena Botero, en calidad de gerente de beneficios pensionales, donde anexa el documento de revocatoria de la pensión, es decir el acto de relacionamiento no se configura porque el documento no proviene de la voluntad del señor Jacinto Luna, haciendo incurrir a este nuevamente en error dándole doble calidad de afiliado al sistema de seguridad social y de pensionado unilateralmente por Porvenir; existiendo dolo por parte de esta. Aunado a ello resalto la ley 797 de 2003 en su artículo 19 el cual trata de la revocatoria de la pensión por mutuo consentimiento siendo un acto entre particulares, como el artículo 1502 del código civil, y las reglas jurisprudenciales de la

sentencia 373 de 2001; resaltó que no se puede decir con claridad y precisión que el señor Jacinto Luna se ha pensionado del sistema, cuánto insistió que de las documentales aportadas se observa que el demandante ostenta doble calidad afiliado cotizante y a su vez pensionado unilateralmente por parte de Porvenir, como así lo confesó en la contestación de la demanda de los hechos 23 24 y 25 y 26 donde Porvenir admite que aceptó la revocatoria de la pensión y que unilateralmente volvió a pensionar al señor Jacinto Luna; adicionalmente resaltó que la modalidad de pensión anticipada que fue reconocida al demandante fue la de retiro programado sin negociación de bono pensional, esto quiere decir es que no existen terceros de buena fe que puedan salir perjudicados con el acuerdo de revocatoria que suscribieron las partes, pues al declarar la nulidad el accionante se compromete a reintegrar todos los valores que le hubieran sido reconocidos por este concepto y por ello la declaratoria de nulidad no conlleva la desestabilización del régimen público por la falta de recursos para su financiación.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por 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 parte accionante presentó alegatos solicitando se revoque la sentencia de primera instancia; las accionadas de igual modo alegaron en procura de que se confirme 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 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.

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”.

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 PORVENIR 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 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 descrito, pero ya descendiendo al caso de autos, se evidencia que el hoy demandante en efecto cotizó al RPMPD ante el ISS desde el 07 de julio de 1981 (Expediente Digital GRP-SCH-HL.pdf); Por otra parte, el 21 de julio de 1995, suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (fls.115 y 142); adicionalmente, suscribió tres formularios de solicitud de vinculación a pensiones voluntarias ante dicha AFP, el 26 de julio de 1996, 19 de

mayo de 1998, 15 de junio de 1998, 31 de agosto de 1999, 22 de junio de 2001 (fls. 143 a 153); el 03 de mayo de 2018 el actor presentó solicitud de prestaciones económicas, suscribiendo además contrato para adopción de la modalidad de pensión de retiro programado sin negociación del bono pensional, así como el contrato de retiro programado para el pago de mesadas pensionales (fls. 30, 165 a 169). En ese orden, el 20 de septiembre de 2018 se expidió por la AFP PORVENIR S.A. comunicación donde le informa al actor que *su solicitud de pensión de vejez había sido aprobada*, siendo el valor de la mesada para el año 2018 de \$3.457.154, a partir del mes siguiente -septiembre- (fls. 31 a 33, 157 a 160). 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 puntual y conteste desde hace un tiempo, 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 al sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de la 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, al haber solicitado y aceptado el aquí demandante la pensión que le fuera reconocida por la AFP PORVENIR S.A. en el RAIS y que este forma parte integral del sistema de seguridad social en pensiones, dejó de ostentar la calidad de afiliado en el sistema, para consolidarse en su favor la condición de *pensionado* por vejez en el mismo, pero en los términos y modalidades seleccionadas en el RAIS al cual se afilió; 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 2018, 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 considerar 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 27 de años de edad para poder acceder a la prestación de vejez.

En el presente evento, el accionante para la fecha de su traslado del RPM al RAIS no tenía prohibición legal alguna para verificarlo, al faltarle más de 27 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 PORVENIR 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 1995, al faltarle para el efecto 27 años de edad.

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 PORVENIR S.A. e incluso contando con su consentimiento al suscribir el contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado con PORVENIR S.A., le impiden a esta Sala de Decisión 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.

Lo anterior, sin perjuicio que con posterioridad se hubiere arrepentido y solicitado la revocatoria de la prestación, lo cual, por demás, nunca se materializó y sin haber perdido hasta la fecha la calidad de pensionado y, por ello, se itera, no es posible acceder a las pretensiones que procuran la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS.

Recientemente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia avaló esta postura decisional, en tanto y en cuanto «...Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (...), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...). No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto»².

² SL373-2021 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

En ese sentido, queda resuelta 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,

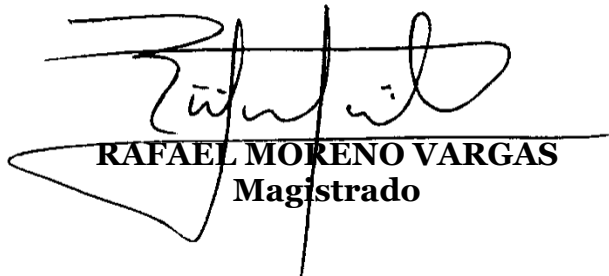
RESUELVE

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. Las de primera instancia, corren a cargo de la parte actora.

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 junio de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MIGUEL ZULUAGA MUÑOZ contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Rad. 110013105-019-2019-00687-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente 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 formulado por la demandada contra la sentencia proferida 12 de marzo de 2021 por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **MIGUEL ZULUAGA MUÑOZ** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que se causó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita por el empleador CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y el Sindicato Nacional De Trabajadores De Caja De Crédito Agrario Industrial Y Minero; Se declare que la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, debe reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional, con 14 mesadas, a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, es decir, al cumplimiento de la edad de 55 años, el 09 de junio de 2007, por tratarse de un derecho adquirido antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Se condene a la misma entidad a pagar las mesadas pensionales adicionales adeudadas desde la fecha de exigibilidad de la pensión debidamente indexadas. aplicando para el efecto el IPC mensual a cada

mesada pensional adeudada. Así como al pago de costas del proceso y lo resultante de las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que nació el 09 de junio de 1952, indicó que cumplió la edad de 55 años el 09 de junio de 2007; manifestó que prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S. A. - en Liquidación como trabajador oficial, por más de 20 años a la fecha del retiro, el 27 de junio de 1999, laborando un total de 24 años y 219 días. Señaló que por ser beneficiario de la Convención Colectiva 1998-1999, vigente a la fecha del despido, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión allí consagrada, siéndole reconocida por medio de la Resolución 5455 del 31 de julio de 2007, la cual fue reajustada por medio de la Resolución 2552 01 de diciembre 2008 en la suma de \$1.653.774,63 a partir del 09 de junio de 2007. Sin embargo, esta misma entidad al expedir las mencionadas Resoluciones no reconoció la mesada adicional o mesada 14. Agregó que requirió a la Entidad UGPP, escrito del 03 de abril de 2019 para que le fuera reconocida y pagada, sin embargo, fue negada mediante Resolución 020823 16 de julio de 2019 (Fls. 04 a 13).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UGPP**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, pues a su juicio en la Convención Colectiva de Trabajo, el derecho se causa con 20 años de servicio y 55 años de edad, razón por la cual en el caso concreto el status jurídico se causó el 09 de junio de 2007. Por tanto, no es cierto que la causación del derecho tenga lugar en 1999 cuando cumplió 20 años de servicio, sino se entiende consolidado el status pensional con el lleno de los requisitos. Aclaró que para el año 1999, el actor solo tenía una mera expectativa al derecho pensional, pero es la consolidación realmente la que la que le genera un derecho cierto e indiscutible, por lo que no es procedente el pago de las mesadas adicionales demandadas. Argumentó que para determinar el derecho a la mesada 14 debe tenerse en cuenta la norma vigente para la fecha en la que se consolidó el derecho pensional. Adujo que la forma en la que se le reconoció la mesada pensional en la Resolución No. 5455 del 31 de julio de 2007, desconoció la indexación de la primera mesada pensional, y por tanto la mesada señalada no superó los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que en principio le asistía el derecho a la mesada 14, no obstante, con la modificación del Acto Administrativo efectuada mediante la Resolución No. 2552 del 01 de diciembre de 2008, se ajustó el valor de la mesada pensional, reconociendo una suma muy superior a los 3 salarios mínimos y esas variables junto con la fecha en la que se

consolidó el derecho indican que no tiene derecho al pago que solicita. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción», «inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido», «improcedencia de intereses moratorios o indexación»; «falta de título y de causa en la parte actora» y la «buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales» (Fls. 69 a 72).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de marzo de 2021, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago por parte de la UGPP de la mesada 14 respecto de la pensión de jubilación convencional que le fue reconocida conforme al artículo 41 de la Convención Colectiva 1998- 1999 suscrita el 15 de abril de 1998 entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero «SINTRACREDITARIO». Condenó a la UGPP, a partir del 9 de junio de 2007, y en la cuantía de las mesadas canceladas para cada anualidad, debiendo ser cancelada en adelante en la medida de su causación el retroactivo, el cual deberá ser debidamente indexado a la fecha de su pago, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de todas y cada una de las mesadas adicionales de junio causadas y no canceladas anteriores al 3 de abril de 2016, y no probadas las demás. Finalmente condenó en costas a la demandada UGPP.

Para arribar a tal conclusión, consideró que no es dable confundir la causación del derecho pensional con el disfrute y exigibilidad del mismo, pues el primero apunta al nacimiento del derecho en sí, mientras que en los restantes atienden es al momento en el cual se comienza a percibir el pago de la misma, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia. Indico que la fecha de la causación del derecho a la pensión de jubilación convencional del demandante lo fue al momento en que cumplió con el total de los 20 años de servicio, que según la fecha de ingreso plasmada en el material probatorio data del 19 de octubre de 1994, configurándose a partir de dicha fecha la causación del derecho pensional, concluyendo que no fueron afectados por el Acto Legislativo 01 del 2005, reiterando el requisito de la edad en esta prestación pensional convencional que determina la exigibilidad del disfrute, pero no de la causación del derecho, en consecuencia había lugar reconocimiento y pago de la mesada 14 a partir del 09 de junio de 2007.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia, arguyendo que no es procedente el pago de la mesada adicional, mesada 14, puesto que su derecho pensional se declaró en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005 , toda vez que de conformidad con la Resolución No. 5455 del 31 de julio de 2007, reliquidada mediante la Resolución 2552 del 01 de diciembre de 2008 se indexó la primera mesada pensional del actor, modificando la Resolución 5455 de 2007, en el sentido de indicar que se reconoce una pensión convencional en cuantía de \$1.653.774 a partir del 09 de junio de 2007 y en suma de \$1.747.874 para 2008, así las cosas, el monto de la mesada pensional fijado es equivalente a \$3.81, el salario mínimo legal vigente que se encontraba en \$433.700 para el año 2007, fecha de efectividad de la pensión del demandante. Adicionalmente argumentó que no es procedente la condena en costas, toda vez que la entidad ha obrado de buena fe, teniendo en cuenta las normas legales vigentes y de igual manera no se comprobó por parte del accionante que se hayan causado costas.

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 presentaron alegatos de conclusión, la accionada UGPP en similares términos a los indicados en su recurso de alzada; y la parte actora, solicitando se confirme la sentencia apelada.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si procede el reconocimiento de la mesada adicional de junio (mesada 14) a favor del demandante en virtud del reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que le fuera reconocida por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, se ha de precisar que no es materia de controversia que al señor MIGUEL ZULUAGA MUÑOZ, a través de la Resolución 05455 del 31 de julio de 2007 le fue reconocida por parte de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación pensión de jubilación convencional a partir del 09 de junio de 2007, fecha de cumplimiento de los 55 años de edad, por haber laborado para dicha entidad entre el 19 de octubre de 1974

y el 27 de junio de 1999 un total de 24 años y 219 días. La prestación se reconoció en la suma de \$1.000.886,92 (fl. 25-27), siendo modificada posteriormente, por la Resolución No. 2552 del 01 de diciembre de 2008 en la suma de \$1.653.774,63 (fl. 28-30).

Ahora bien, con el ánimo de resolver la controversia planteada debe recordarse que la denominada «*mesada catorce*», fue consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, precisando que tenían derecho a ella «*Los **pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ... , tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994***». Lo anterior, sin distinguir el legislador respecto a la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión o la calidad del pensionado, para efectos de acceder a ese derecho, esto es, pensiones legales o extralegales.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, señala en su inciso 4º que «*En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos*», a su vez en el inciso 8º se indica que «*Las personas cuyo derecho a la pensión se cause **a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento***»; e igualmente, prescribe en el párrafo transitorio 6, que «*Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, **aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año***» (negritas y subrayas de la Sala).

Dilucidado lo anterior, debemos advertir que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido la oportunidad de dar alcance al caso específico de la pensión consagrada en el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y su sindicato nacional de trabajadores, para la vigencia del 1º de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, señalando que «*la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho*

pensional» (sentencias CSJ SL4550 -2018, SL992-2019, SL5030-2019 y SL5313-2019), de modo pues que una vez cumplidos el requisito de tiempo de servicios y desvinculado el trabajador, se causa el derecho a la pensión de jubilación convencional, puesto que el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho.

Así las cosas, tenemos entonces que el actor causó su derecho a partir del 27 de junio de 1999 fecha en que feneció el contrato de trabajo con la entidad, ello se extrae del contenido de la aludida Resolución 05455 del 31 de julio de 2007, acto administrativo en el que indica que, en el caso particular del actor, el disfrute la prestación es a partir del 09 de junio de 2007, fecha del cumplimiento de los 55 años de edad.

De acuerdo con lo anterior, advierte la sala que si bien es cierto, el disfrute de la pensión de jubilación se da con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, no es menos cierto que su causación data del año 1999, es decir, 6 años antes de la fecha de emisión de tal enmienda constitucional, circunstancia que sin dubitaciones hace que el actor sea acreedor a la mesada adicional reclamada, y así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras muchas, en la providencia del 09 de octubre de 2019, CSJ SL5030-2019, donde se reiteró:

«En ese orden de ideas, se tiene que las previsiones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente, el límite temporal que consagró para beneficiarse de las prerrogativas de carácter pensional incluidas, entre otros, en convenciones colectivas de trabajo, no afectan la pensión de jubilación deprecada, en el entendido, que se causó desde el 27 de junio de 1999 y, en esa medida, constituye un derecho adquirido no susceptible de ser desconocido por esa reforma constitucional, en el que la edad es sólo un plazo futuro que estaba pendiente de cumplirse, sólo a fines de hacer exigible su pago.

*Es decir, tal restricción no le aplica al accionante por el hecho de haber cumplido la edad establecida en la convención colectiva de trabajo -55 años- el 27 de noviembre de 2010, esto es, después de la fecha indicada por el parágrafo transitorio 3º del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, es decir, después del 31 de julio de 2010, pues para esa fecha en este caso en particular, ya se había causado una prestación en su favor, **sin que ninguna incidencia tenga el nuevo mandato constitucional, que por cierto, salvaguardó los derechos adquiridos** y éste, como se vio, lo era».*

En vista de las anteriores consideraciones, para el actor la mesada adicional de junio se mantiene incólume, toda vez que para el 27 de junio de 1999 no se había expedido aún el Acto Legislativo 001 de 2005, quiere decir que al actor no le fue suprimida dicha prebenda, pues la citada reforma constitucional respetó para

todos los efectos legales los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia, de lo que se colige que la decisión adoptada por el Juez de instancia es acertada y por ello resulta imperiosa su confirmación.

Por lo anterior y previo a entrar a definir el valor del retroactivo, es necesario que la sala en sede de consulta, aborde el estudio del medio exceptivo denominado prescripción y para ello tenemos que la reclamación administrativa se realizó el 03 de abril de 2019 (fl.15), la cual fue resuelta en forma negativa mediante Resolución RDP 020823 de 2019 (fls. 32-33), fecha ésta en la que se interrumpió el término prescriptivo en los términos del artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el artículo 6º ibídem, presentándose la demanda dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T., pues fue radicada el 24 de septiembre de 2019 (fl. 01), aspecto que permite dilucidar que la excepción propuesta por la demandada está llamada a prosperar parcialmente, por lo tanto, le asiste derecho al actor al pago de las mesadas adicionales reclamadas a partir del mes de junio de 2016, quedando cobijadas con el fenómeno de la prestación las causadas con anterioridad al mes de febrero de dicha anualidad; y por ello, una vez efectuadas las operaciones aritméticas del caso, la liquidación correspondiente arrojó lo siguiente:

AÑO	IPC Variación	MESADA	OBSERVACIÓN
2.007	0,0569	1.653.774,63	PRESCRITA
2.008	0,0767	1.747.874,41	PRESCRITA
2.009	0,0200	1.881.936,37	PRESCRITA
2.010	0,0317	1.919.575,10	PRESCRITA
2.011	0,0373	1.980.425,63	PRESCRITA
2.012	0,0244	2.054.295,51	PRESCRITA
2.013	0,0194	2.104.420,32	PRESCRITA
2.014	0,0366	2.145.246,07	PRESCRITA
2.015	0,0677	2.223.762,08	PRESCRITA
2.016	0,0575		2.374.310,77
2.017	0,0409		2.510.833,64
2.018	0,0318		2.613.526,74
2.019	0,0380		2.696.636,89
2.020	0,0569		2.799.109,09
TOTAL			\$12.994.417,12

Suma que resultó igual a la calculada por el a quo, por lo que habrá de confirmarse lo decidido en primer grado. Dicho valor, tal como allí se indicó, deberá ser reconocido en forma indexada al momento de su pago. En este orden de ideas, es claro que no tiene vocación de prosperar la apelación propuesta por la entidad accionada, por ello se debe confirmar la decisión 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,

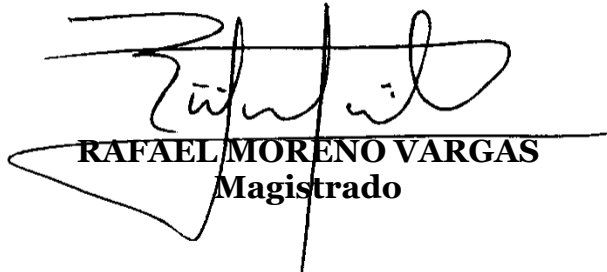
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

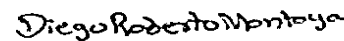
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por TITO GUILLERMO BUITRAGO AREVALO contra COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN Rad 110013105-015-2019-00491-01.

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 22 de abril de 2021 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **TITO GUILLERMO BUITRAGO AREVALO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión por parte de PROTECCIÓN S.A. del deber profesional de información; del mismo modo se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiere ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad. Por lo anterior se ordene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubiere causado conforme el Artículo 1746 del Código Civil; se condene a Protección en caso de haberse otorgado previamente la pensión al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta litis, a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados todos los recursos a Colpensiones. Lo anterior, más la condena en costas, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 01 de enero de 1983, que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados de pensiones se trasladó a Protección S.A. el 29 de julio de 2010; resaltó que en su afiliación 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 con Solidaridad, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado o cotizando; resaltó que el fondo privado no le entregó proyección de lo que sería el valor de la pensión en cada uno de los regímenes, como tampoco le entregó información de cuál era la tabla de mortalidad de rentistas que se estaba utilizando por parte de la administradora para realizar la proyección de la pensión y que de variar la misma, el valor de la mesada pensional iba a cambiar; en el mismo sentido precisó que no se le entregó información indicándole que de tener cónyuge o compañero permanente, hijo discapacitado o menor de edad, el monto de su pensión sería menor que en el régimen donde se encontraba, toda vez que se liquida teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus beneficiarios, insistió que no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen tornándose en ineficaz; manifestó que solicitó ante Colpensiones que anulara su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, petición que no fue resuelta; Concluyó que en el evento de haber continuado en el régimen de Prima Media y no haberse trasladado al RAIS el monto de su pensión a la fecha de cumplimiento de los requisitos sería aproximadamente de \$2.658.490 generando una diferencia en el monto mensual de la pensión, siendo superior en Colpensiones (Fls. 2 a 34).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP PROTECCIÓN S.A contestó la demanda oponiéndose a cada una de las declaraciones y en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Protección S.A. toda vez que es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como se observa en el formulario de vinculación suscrito por el demandante acompañado de la carta de validación de la asesoría y de las proyecciones pensionales comparativas de los regímenes, insistió que dicho acto se realizó de forma libre y espontánea solemnización de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de verdadero contrato en virtud del cual se generan derechos y obligaciones en cabeza del fondo como del afiliado, manifestación libre de presiones y engaños ya que el actor tuvo suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuando cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento; recalcó

que el demandante no hizo uso del derecho de retracto. Presentó como excepciones 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», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», e «innominada o genérica» (fls. 230 a 239).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que, se atiene a lo que se logre probar dentro del proceso; toda vez que Colpensiones no tiene la carga de la prueba en cuanto a verificar bajo qué circunstancias de tiempo, modo y lugar se trasladó del fondo privado, pues es solo dicho fondo el encargado de corroborar o controvertir la acusaciones que hace el actor en el libelo demandatorio, resaltó que su representada no tiene que acarrear errores de otras administradoras o sus omisiones de falta de información o realidad pensional al momento del traslado, concluyó que siempre ha actuado de buen fe y que el traslado tiene plena validez. Presentó como excepción previa la de «falta de reclamación administrativa», y de fondo las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios», «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 271 a 278).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de abril de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado de efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, el 29 de julio del año 2010 a través de la administradora Protección, como consecuencia de lo anterior ordenó a Protección trasladar los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante a la administradora del Régimen de Prima Media Colpensiones, y a está recibir dichos recursos y acreditar las semanas como efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado; absolvió a Protección de las pretensiones contenidas en el numeral 4º relacionado con el pago de mesadas pensionales dado que no se trata de una situación de pensionado, declaró demostrada las excepciones de inexistencia de la obligación y cobre lo no debido frente a estas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló en síntesis que, de acuerdo a la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el deber de información, asesoría y buen consejo obligan a las administradoras de fondos de pensiones a brindar su buen consejo al afiliado acerca de lo que más le conviene y de lo que podría perjudicarlo, realizando una ilustración de las características, riesgos y efectos así como de la eventual pérdida de condiciones, concluyendo que desde su creación tenían la obligación de brindar información a los usuarios afiliados del sistema pensional a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consciente, realmente libre de su futuro pensional; precisó que el accionante manifestó que no recibió la información debida ello corresponde a un supuesto negativo que no puede mostrarse materialmente por quien lo invoca, en consecuencia tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario; siendo obligación de la AFP demostrar que suministró información suficiente, cumpliendo con ello una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato, pues estaba en posición de hacerlo; resaltó que esta debe ser de tal diligencia que permita comprender los beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como los riesgos y efectos negativos de esta decisión; de lo anterior extrajo que Protección no cumplió con la carga de la prueba, que incluso la única información brindada se encontraba alejada de la realidad, de tal modo que no se evidenció que para la fecha del traslado el 29 de julio del año 2010, se haya cumplido con el deber de información, pues el traslado se dio con base en la información que no corresponde la realidad, planteando una expectativa de la pensión en mayor valor, no advirtiéndole que el demandante ya tenía consolidado del derecho en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no existiendo ninguna prueba en el plenario que le permite inferir que se le dio información suficiente, pues lo único que se le dio fue una proyección que resultó errónea.

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 de primera instancia. La parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando 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 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 folios 56, 74 y 242 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 27 de septiembre de 1962, por lo que cumpliría 62 años el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 07 de

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”.

febrero de 2019 (Fls. 70 a 72), 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, tenía 586 semanas cotizadas al ISS (Fls 47 a 50) 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 29 de julio de 2010 (fl. 54 a 55 y 240 a 241), 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 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 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 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. 54 a 55 y 240 a 241), 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.

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 (29 de julio de 2010), 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 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 del actor, 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 así como del valor de las primas de 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).

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 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 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 resuelto el grado jurisdiccional de 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,

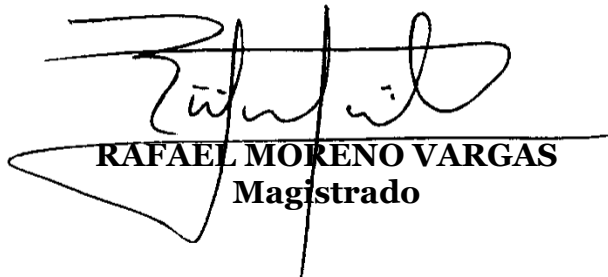
RESUELVE

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

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 junio de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de ARGILIO MURILLO TELLEZ
contra DESARROLLOS MULTIMODALES SAS. Rad. 110013105-024-2017-
00392-01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación oportunamente formulado, 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 formulado por la parte actora respecto de la sentencia proferida el 08 de abril de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **ARGILIO MURILLO TELLEZ** presentó demanda ordinaria contra **DESARROLLOS MULTIMODALES SAS**, a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 16 de abril de 2010 hasta el 30 de abril de 2014, fecha en la cual terminó sin justa causa por parte del empleador, en consecuencia, se condene a la indemnización por despido injusto. Asimismo, se condene a la accionada al pago de aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, el auxilio de cesantías, intereses a cesantías, indemnización por no consignación de cesantías al fondo, prima de servicio, vacaciones, horas extras e indemnización moratoria. Finalmente se condene al pago de lo Ultra y Extra Petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que laboró para la sociedad **DESARROLLOS MULTIMODALES SAS** bajo un contrato a término indefinido entre el 16 de abril de 2010 y el 30 de abril de 2014, desempeñando el cargo de oficios varios y devengando un salario de \$1.070.000 pesos. Explicó que

ejecutó su labor de forma personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo un horario de lunes a domingo de 6 am a 7 pm, aclarando que laboraba cuatro (4) horas más de la jornada laboral permitida y que descansaba un domingo al mes. Aseveró que fue afiliado a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, no obstante, la accionada solo efectuó el pago de aportes hasta septiembre de 2010 pese a que descontaba mes a mes lo correspondiente a su aporte. Adujo que la relación laboral duró cuatro (4) años, en los cuales no se efectuó el pago de cesantías e intereses. Señaló que el 30 de abril de 2014, la accionada a través de JUAN ANDRES MURIEL BOTERO terminó el contrato laboral, de forma unilateral y sin mediar justa causa. Por lo anterior, citó a la demandada ante el Ministerio de Trabajo para llevar a cabo una audiencia de conciliación el día 14 de julio de 2014, empero, aquella no asistió, ni justificó su inasistencia (fls. 2 a 12).

Mediante reforma a la demanda, señaló que, según el certificado de existencia y representación legal de la accionada, la misma se encuentra disuelta y en estado de liquidación, por lo que solicitó integrar al contradictorio al liquidador designado en el proceso de liquidación de la accionada (fl.79). No obstante, mediante auto del 16 de octubre de 2019, el A quo dispuso seguir con el trámite procesal correspondiente a través de curador ad litem, toda vez que no se acreditó que en proceso de liquidación de la accionada se hubiere nombrado un liquidador, ni se allegó una nueva dirección de notificación (fl. 92).

CONTESTACION DE DEMANDA

La sociedad **DESARROLLOS MULTIMODALES SAS** contestó la demanda a través de curadora ad litem, quien manifestó que se atendería a lo probado en juicio, toda vez que no le constan los hechos sujetos de debate. Sin embargo, arguyó que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 resultan incompatibles y sólo proceden si se acredita la mala fe por parte del empleador, factor que no concurrió por parte de DESARROLLOS MULTIMODALES, dado que se encuentra en etapa de liquidación, de modo tal que si no pagó las acreencias laborales se debió a la falta de liquidez. Agregó que no se allegó prueba alguna de los extremos laborales, ni constancia de la terminación del contrato sin justa causa. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción» y «genérica o innominada» (fls.65 a 73).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 08 de abril de 2021, declaró que entre el demandante y DESARROLLOS MULTIMODALES SA, hoy en liquidación existió un contrato de trabajo vigente

desde el 16 de abril de 2010 hasta el 30 de abril de 2014, en el que el actor desempeñó el cargo de auxiliar de producción y devengó un salario de \$1.500.000 pesos. Por lo anterior, condenó a la accionada al pago de los aportes a seguridad social en pensión e intereses moratorios de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, correspondientes a los periodos del 16 de abril al 15 de mayo de 2010, del 01 de septiembre de 2010 al 31 de septiembre de 2013 y del 01 de enero al 30 de abril de 2014. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que el interrogatorio de parte del representante legal de la accionada, el testimonio de Clara Forero y la certificación laboral emitida por Mary Luz Avendaño, dan cuenta de que el demandante prestó el servicio de forma personal para DESARROLLOS MULTIMODALES desde el 16 de abril de 2010, desempeñando el cargo de auxiliar de producción y devengando un salario de \$1.500.000 pesos para el 2014. Preciso que la certificación laboral emitida por Mary Luz Avendaño, directora administrativa de la accionada, tiene plena validez, teniendo en cuenta lo dicho en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, esto es que el contenido de tales documentos se presume cierto, dado que no es usual que una persona mienta sobre situaciones cotidianas como la relación laboral. En ese orden, encontró que opera la presunción legal del artículo 24 del CST, de tal suerte que correspondía a la accionada desvirtuar los elementos del vínculo laboral con el actor, empero, aquella no llegó prueba alguna para tal fin. Señaló que pese a que en la demanda se afirmó que el salario devengado por el actor ascendía a \$1.700.000, lo cierto es que sólo se acreditó que el salario de aquel para el 2014 fue de \$1.500.000 pesos, por ende, consideró que el salario a tener en cuenta para los años anteriores era el salario mínimo legal mensual vigente, tal como se consignó en los certificados de aportes a seguridad social en pensiones. En relación a la prescripción, aseveró que las cesantías, intereses, indemnizaciones y aportes al sistema de seguridad social en salud y riesgos laborales, están sujetas al término de prescripción de tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación laboral, esto es, el 30 de abril de 2014, mientras que la demanda fue incoada el 14 de julio de 2017, momento en el que ya había operado el fenómeno de prescripción respecto de las acreencias antedichas. Aclaró que el fenómeno prescriptivo no se ve afectado por la constancia de no asistencia a conciliación del Ministerio de Trabajo, toda vez que en tal documento no se mencionan los derechos laborales reclamados por el demandante, máxime cuando no se allegó la solicitud elevada ante tal órgano, ni se demostró que la accionada hubiera recibido la notificación para asistir a dicha diligencia. Finalmente, arguyó que la prescripción no está llamada a afectar la acción que busca

el cobro de los aportes a seguridad social en pensión, dado que está ligada a la formación del derecho pensional del actor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la decisión que declaró probada la prescripción, argumentando que el termino de prescripción fue interrumpido con la reclamación que el actor presentó a la accionada, obrante a folios 26 a 30 del plenario. Preciso que en tal reclamación consta la liquidación de prestaciones sociales y conceptos no prestacionales que fue remitida a la empresa demandada, en la cual, además se solicitó la interrupción de la prescripción. Asimismo, aseveró que según la constancia del Ministerio del Trabajo, la demandada fue citada con suficiente antelación y por medio de correo certificado a fin de que asistiera a la audiencia de conciliación para discutir las acreencias laborales del demandante. Manifestó que en aplicación al principio de favorabilidad y teniendo en cuenta que se realizó en debida forma la interrupción de los términos de prescripción, es procedente considerar que los antedichos documentos acreditan que se efectuó la citación a la empresa y que hubo una reclamación de los derechos laborales del actor. En ese orden, adujo que al configurarse la interrupción de la prescripción, es dable solicitar que se revoque la decisión y se condene a la demandada al pago de todas las acreencias laborales pretendidas, incluyendo la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria.

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 de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se concedan las pretensiones de la demanda. La accionada guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar o no a declarar probada la excepción de prescripción.

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 que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2010 y el 30 de abril de 2014, el cargo de Auxiliar de Producción y el salario devengado, según lo concluyó la sentencia de primer grado y que no son objeto de alzada, de ahí que no se realizará manifestación alguna al respecto.

Para resolver el problema jurídico planteado, se habrá de remitir esta Sala de Decisión, a lo dispuesto por los arts. 488 del CST y 151 CPT, que sobre el término extintivo de la acción sobre los derechos laborales, indican que prescribe en el término de tres años, contados a partir del momento en que se hayan hecho exigibles las respectivas obligaciones, siendo de especial relevancia en lo que interesa al recurso de apelación, lo preceptuado por el art. 489 del CST, que sobre el tema de la interrupción de prescripción reza:

«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».*

Bajo este panorama normativo, dada la diafanidad de la norma al precisar que la prescripción, sólo se podrá interrumpir por una sola vez una vez se haya efectuado el simple reclamo escrito por parte del trabajador, punto que tampoco es objeto de reproche con la apelación, siendo el punto álgido a despejar si la solicitud de conciliación elevada ante el Ministerio de Trabajo, tiene la potencialidad de interrumpir el término prescriptivo, por lo que en principio, sería a partir de la fecha de las respectivas actas de no conciliación que se ha de tener por interrumpida la prescripción.

Al punto, y para no ahondarse en mayores derroteros por esta Colegiatura, se debe rememorar el criterio que se ha mantenido por el Tribunal de Cierre, desde la sentencia CSJ SL, 18 jun. 2008, rad. 33273, en el entendido que las reclamaciones efectuadas ante el Ministerio del Trabajo, son admisibles para interrumpir el término prescriptivo, indicando incluso, que son válidas las que se desarrollen ante cualquier autoridad que esté facultada para solucionar conflictos de trabajo, *«siempre y cuando se le entere al empleador en forma clara y precisa cuáles son los derechos que reclama quien fuera su subordinado»*. Al respecto se traen apartes de la sentencia la referida sentencia, que en lo pertinente señalan:

«De otro lado, es cierto que de acuerdo con las voces de los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador sobre un derecho debidamente determinado interrumpe la prescripción por un lapso igual al

inicialmente señalado. La exigencia sobre la individualización del derecho tiene su razón de ser en la necesidad de que la eventual contienda judicial se desarrolle sobre los conceptos claramente especificados en la reclamación y no sobre otros que no estén detallados o cuya ambigüedad le reste eficacia a los efectos que con su presentación al empleador se pretenden.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia ha admitido la validez de las reclamaciones efectuadas ante los Inspectores del Trabajo o ante cualquier autoridad que pueda dar solución a conflictos laborales, **cuando en la correspondiente diligencia está el empleador remiso en cuyo desarrollo se entera** de cuáles son los derechos que su ex-trabajador le está solicitando su satisfacción, siempre y cuando tales derechos también aparezcan debidamente individualizados, pues en realidad si el simple reclamo escrito del asalariado recibido por su empleador tiene la fuerza para interrumpir la prescripción, no se ve la razón para que una reclamación ante funcionario público y en presencia del empleador no la tenga también para los propósitos de anular el término prescriptivo que venía corriendo para que empiece la contabilización de otro igual por el lapso inicialmente señalado.

Con las advertencias de que dan cuenta los párrafos precedentes, analiza la Corte la certificación expedida por la Inspección de Trabajo del Grupo Empleo y Seguridad Social del Atlántico el 28 de noviembre de 2001, el cual registra la siguiente anotación a título de constancia:

“Que a este despacho se presentó la señora MARÍA DEL SOCORRO SALAZAR VALDÉS, identificada con cédula de ciudadanía No. 27.498.036 de Tumaco (Nariño) en calidad de querellante, a quien a su solicitud éste despacho citó a la CORPORACIÓN EDUCATIVA SINDICARIBE para atender reclamación laboral de la parte querellante quien solicita pago de indemnización por despido, reliquidación de las prestaciones sociales, reliquidación de salarios por desmejora salarial. Este despacho citó al querellante (sic) por dos veces consecutivas, la primera fue 19 de Noviembre/01 y la segunda para el día 28 de Noviembre /01 a las 8:30 a.m., que siendo la hora y día señalado para la audiencia, la parte querellante (sic) no se presentó, ni envió excusa alguna que justificara su no asistencia...”.

El texto del documento en referencia, expedido por funcionario público en ejercicio de sus funciones, evidencia únicamente que a esa oficina se presentó la señora María del Socorro Salazar Valdés a reclamar de la Corporación Educativa Sindicaribe la indemnización por despido injusto, la reliquidación de las prestaciones sociales y la reliquidación de salarios por desmejora salarial, habiendo sido citada la querellada (aunque equivocadamente se menciona a la querellante) en dos oportunidades sin haber comparecido a ninguna de ellas. Pero no aparece que en las citaciones que la Inspección hizo a la corporación educativa, las cuales, dicho sea de paso, no obran en el expediente, se hubiera incluido dentro de las mismas los derechos laborales pretendidos por la ex-trabajadora, lo que equivale a decir que no hay acreditación procesal alguna que de fe de que la ex-empleadora se hubiera enterado de la reclamación de los conceptos laborales pretendidos por quien le prestó servicios.

En esas condiciones, no puede afirmarse válidamente que la demandante hubiera interrumpido el término de prescripción, pues para llegar a esa conclusión **era necesario demostrar que su empleadora tuvo conocimiento** de cuáles eran los derechos laborales a los cuales aspiraba, situación que no es posible deducir del acta levantada ante el funcionario del trabajo en la ciudad de Barranquilla ni tampoco de la inasistencia de la querellada a las audiencias para las cuales fue citada. [...]». (resaltado fuera de texto original).

Bajo este panorama normativo y jurisprudencial, dada la diafanidad de la norma al precisar que la prescripción sólo se podrá interrumpir por una sola vez y una vez se haya efectuado el simple reclamo escrito por parte del trabajador. Al punto, se tiene que el contrato, como se determinó, finalizó el 30 de abril de 2014, evidenciándose la constancia emitida por la inspección RCC7 del Grupo de Resolución de Conflictos y Conciliación del Ministerio del Trabajo el 12 de junio de 2014 (Fl. 25), donde se

indica «el 12 de junio de 2014 Mediante radicado [...] el señor ARGILIO MURILLO TELLEZ... solicitó que fuera programada audiencia de conciliación laboral con [...] DESARROLLO MULTIMODALES quien fue citado con suficiente antelación por medio de correo certificado. Para el día 7/14/2014 a las 3:30. La parte solicitada DESARROLLO MULTIMODALES no acudió, ni tampoco presentó excusa [...]. Por lo anterior la funcionaria informa al Solicitante que se deja en libertad de acudir ante la justicia Laboral Ordinaria en procura de sus derechos presuntamente vulnerados». De dicho documento, si bien tiene la potencialidad de interrumpir el término prescriptivo, no se logra determinar siquiera cual fue el tipo de reclamo solicitado, allí solo se certifica que se convocó a la empresa aquí demandada, para ese día y hora, pero que la diligencia no se pudo llevar a cabo por cuanto la empresa reclamada, no compareció. Del anterior diligenciamiento administrativo, no puede inferirse en modo alguno que el escrito o solicitud de conciliación haya sido recibido por el empleador sobre el derecho allí reclamado, por lo que en este contexto fáctico y probatorio no se logra la interrupción de la prescripción conforme a los parámetros establecidos en las normas laborales.

Así las cosas, considera esta Magistratura que revisados los medios probatorios aportados al plenario, el demandante no demostró que se realizara algún tipo de reclamo escrito al empleador *sobre un derecho o prestación debidamente determinado* (liquidación de prestaciones sociales, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, aportes a seguridad social, etc.), y que el mismo fuera recibido por la demandada, lo que permite concluir que en el presente asunto no se efectuó la interrupción de la prescripción en los términos de los artículos 489 del CST y 151 del CPT y de la SS.

Ahora bien, una vez establecido que el demandante no interrumpió la prescripción establecida en los artículos 489 del CST y 151 del CPT y de la SS, es claro que en el presente asunto operan los efectos nocivos del fenómeno prescriptivo establecidos en el artículo 488 y 151 de la norma sustantiva y adjetiva laboral, toda vez que al estar demostrado que el contrato de trabajo al menos terminó el día 30 de abril de 2014, la demandante contaba hasta el mismo día y mes pero del año 2017 para presentar la demanda, sin embargo, y como se avizora en el acta individual de reparto el escrito de demanda se radicó el día 14 de julio de 2017 (Fl. 34), es decir, 3 años, 02 meses y 14 días, razón por la cual, es claro que debía declararse probada la excepción de prescripción y por ende, absolverse a la demandada de las súplicas de la demanda, salvo lo atinente al pago de aportes a pensión que como es bien sabido resultan imprescriptibles, tal y como lo efectuó la juez a quo.

Corolario de lo expuesto hasta aquí, resulta suficiente para confirmar la decisión adoptada en 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,

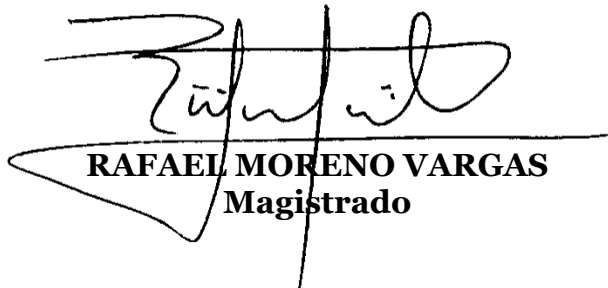
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

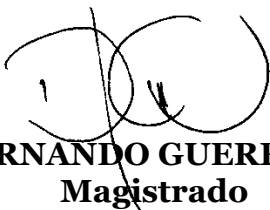
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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 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
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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CARLOS AUGUSTO BERNAL MÉNDEZ contra NELLY PIRAZÁN MORENO. Rad. 110013105-024-2018-00432-01.

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 presentado por la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el día 08 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS AUGUSTO BERNAL MÉNDEZ**, actuando en nombre propio, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de **NELLY PIRAZAN MORENO**, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato verbal de prestación de servicios profesionales, en consecuencia, se condene al pago de \$20.000.000, junto con la indexación o indemnización conforme al IPC e intereses moratorios. Asimismo, se condene al pago de \$800.000 pesos diarios por viáticos en cada una de las diligencias realizadas en Tunja, más \$1.800.000 por los trámites efectuados en la práctica de las medidas cautelares, así como \$800.000 por los viáticos de la audiencia de trámite y conciliación ante el Juzgado Tercero de Familia de Tunja. Finalmente se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que conoció a NELLY PIRAZAN por medio de Ferney Enrique Camacho, con quien sostuvo una relación profesional consistente en la asesoría jurídica permanente en diferentes procesos. Manifestó que a inicios de septiembre de 2015, NELLY PIRAZAN contrató sus servicios profesionales para llevar un proceso de divorcio en la ciudad de Tunja, por lo que acordaron como honorarios el 20% de lo que le correspondía a la accionada sobre el patrimonio de la sociedad conyugal conformada con John Alexander Ávila, más una prima de éxito calculada sobre el valor comercial de los bienes muebles e inmuebles que hacían parte de la sociedad conyugal y del haber patrimonial, aclarando que presenciaron el acuerdo los señores Julio Cesar Munevar Cubides y Luis Gabriel Rivera Ochoa. Explicó que el 10 de septiembre de 2015 le fue otorgado poder por la accionada para iniciar y llevar hasta su culminación el proceso de divorcio, mismo que fue admitido el 21 de septiembre de 2015 por el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Tunja, en cuya providencia también se decretaron las medidas cautelares. Aseguró que su firma no coincide con algunos documentos que fueron aportados al proceso de divorcio, pero que al hacer el reclamo a la demandada fue constreñido ilegalmente para no iniciar ninguna acción. Aseveró que cumplió con la gestión encomendada y que mantuvo informada a la demandada sobre todo el proceso. Agregó que el proceso de divorcio finalizó mediante conciliación de las partes el 25 de julio de 2016, empero nunca recibió el pago de sus honorarios, pese a que el 06 de enero de 2017 envió a la demandada por correo certificado una solicitud de pago de honorarios. Finalmente, manifestó que la demandada inició un proceso disciplinario en su contra ante el Consejo Superior de la Judicatura, a su juicio, para evadir el pago de los honorarios (fls. 53 a 64).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NELLY PIRAZAN MORENO dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el actor se ofreció voluntariamente a llevar su proceso de divorcio sin costo alguno, para compensar los servicios prestados por Ferney Enrique Camacho en anteriores oportunidades y la ayuda económica periódica que aquel le brindaba. Preciso que dentro de los asuntos en los que Ferney Camacho brindó asesoría al actor, está un proceso de reparación directa ante el Tribunal Administrativo de Santander y un proceso de inasistencia alimentaria en contra del demandante, además de que le realizó varios créditos semanales para que este último pudiera pagar los servicios públicos de su hogar y el transporte de sus hijos, los cuales nunca fueron pagados. Afirmó que no

conoce a los señores Julio Cesar Munevar Cubides y Luis Gabriel Rivera Ochoa, sin embargo, señaló que resultan ser testigos sospechosos porque el demandante ya los ha utilizado para probar acuerdos verbales de honorarios. Aseveró que nunca acordó con el demandante el pago de honorarios del 20% sobre el patrimonio de la sociedad conyugal, ni la prima de existo, pues no existe documento que contenga esa obligación, toda vez que el poder otorgado solo facultó al actor para llevar a cabo el proceso de divorcio, no la liquidación de la sociedad conyugal, la cual se realizó por mutuo acuerdo mediante escritura pública. Aseguró que el demandante no la mantuvo al tanto del curso del proceso, sino que gracias a que ella revisaba en la página de la rama judicial se enteraba de las novedades del proceso, así como también pagó los gastos del embargo realizado. Explicó que presentó queja disciplinaria contra el actor, por considerar que aquel incurrió en conductas de mala fe, deshonestas y antiéticas. Finalmente, presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «Cobro de lo no debido», «Mala fe», «Buena fe de la demandada» y «Genérica o innominada» (fls. 75 a 100).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 08 de marzo de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, en consecuencia, condenó a la demandada a pagar \$2.721.750 pesos, debidamente indexados.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, indicó que corresponde a quien alega la existencia de un contrato de prestación de servicios, acreditar los elementos propios del mismo, es decir, el acuerdo de voluntades en relación con el servicio profesional requerido y la contraprestación o remuneración del servicio en proporción a los criterios de calidad, utilidad, duración y cantidad de la gestión desarrollada. En ese sentido, destacó que de la documental del proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio, la comunicación del 06 de enero de 2017 contentiva de una cuenta de cobro del demandante, así como del poder otorgado por la demandada, se desprende que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, más aun cuando la autenticidad de aquellos no fue refutada, ni se alegó la existencia de un vicio en el consentimiento. Señaló que la accionada perfeccionó el mandato con su aceptación tácita, esto es, permitir que el actor presentara la demanda y representara sus intereses en el proceso de cesación de efectos civiles.

En relación a la remuneración pactada, precisó que si bien es cierto el Código Civil prevé que el contrato de prestación de servicios puede ser remunerado o gratuito, es menester que en el último caso se suscriba un pacto de gratuidad tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, máxime teniendo en cuenta que la abogacía es una profesión liberal en la que prima la técnica y el conocimiento de la disciplina jurídica, resultando lógico que la gestión adelantada por un abogado se hace en razón al reconocimiento y pago de honorarios por la gestión. Advirtió que pese a que los testigos de la parte demandada afirmaron que el demandante se ofreció a llevar el proceso de manera gratuita, lo cierto es que aquellos no permiten deducir la existencia de un pacto de gratuidad, toda vez que se presentaron contradicciones, especificando que Ferney Camacho González y Jorge Higuera señalaron que el actor renunció a los honorarios como un gesto de agradecimiento por haberlo apoyado en algunos procesos, no obstante, encontró que no se probó cual fue el apoyo brindado, aunado a que, a pesar de decir que se trató de un pacto gratuito admitieron que pagaron al demandante una suma de \$5.500.000 por su gestión, sin diferenciar si el origen tuvo como causa la labor prestada o la estrecha relación que los unía. Aclaró que no hay lugar a conceder las sumas pretendidas por el actor, toda vez que los testigos convocados por aquel fueron contradictorios y evasivos, sin poder establecer que se hubieran pactado las sumas argüidas por el accionante. De allí que procedió a liquidar los honorarios conforme a los criterios auxiliares, como las tasas fijadas por el colegio de abogados.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión, al considerar que no se realizó un estudio adecuado de los testigos presentados a favor de la demandada, toda vez que Ferney Camacho explicó que le prestó ayuda al demandante en varios procesos judiciales, incluido un proceso de reparación directa y uno de inasistencia alimentaria, por lo que aquel renunció al pago de sus honorarios en señal de agradecimiento, así como Jorge Higuera afirmó que el demandante prestó sus servicios de forma gratuita y en compensación por la ayuda que recibió del Sr. Camacho. Manifestó que la A quo omitió la prueba documental que da cuenta de que el demandante recibió unas sumas de dinero, tal como aquel lo aceptó en la carta que envió a la demandada con fecha del 23 de enero de 2017, aunado a que los Señores Camacho e Higuera declararon que al actor se le pagó una suma de \$5.500.000 pesos, precisando que tal afirmación no fue desvirtuada por el demandante ni por la A quo, por lo que aseveró que es menester tener en cuenta tal pago a la hora de efectuar una posible condena. Arguyó que existen motivos claros y fundados que dan cuenta de que se

pactó la gratuidad del contrato, en consecuencia, consideró que no existía vacío alguno que permitiera que la A quo se pronunciara de manera oficiosa sobre cómo se podían pactar los honorarios, pues era clara la modalidad pactada. Solicitó evaluar los medios de prueba y el devenir procesal del demandante, teniendo en cuenta que los testigos presentados por aquel fueron contradictorios, así como el amparo de pobreza solicitado por el mismo resultó temerario e infundado, puesto que luego afirmó que contaba con solidez económica, siendo procedente, a su juicio, el inicio de una investigación disciplinaria. Manifestó que carece de lógica que el demandante argumente que los honorarios fueron fijados sobre un porcentaje de los bienes de la sociedad conyugal cuando el proceso para el cual se le otorgó poder fue el de cesación de efectos civiles, esto es, un litigio que dista de la naturaleza de la liquidación de la sociedad conyugal. Agregó que la hipótesis de la parte actora carece de coherencia narrativa, teniendo en cuenta sus testigos y devenir procesal, mientras que los testigos presentados fueron contestes respecto de la modalidad del contrato, la gratuidad del mismo y la suma pagada. Finalmente, solicitó que de manera oficiosa se compulsen copias para que se inicie investigación disciplinaria en contra del demandante por la solicitud de amparo de pobreza, así como a los testigos convocados a juicio por él.

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 demandada presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primer grado. A su turno, la parte actora allegó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

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 la prueba testimonial es suficiente para demostrar que el contrato de mandato fue a título gratuito y denegar las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, advierte la Sala que no existe discusión entre las partes sobre la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, el cual fue declarado por la A quo y no fue objeto de reparo, tampoco se discute que el abogado, hoy demandante, desplegó la gestión profesional a él encomendada por la parte demandada; empero, lo que se encuentra en discusión es si el mismo fue o no a título gratuito y si ya se encuentra saldada cualquier obligación de allí derivada.

Puntualizado lo anterior, resulta válido para resolver lo planteado, lo que de antaño ha precisado la Sala de Casación Laboral respecto al ejercicio de la abogacía y la onerosidad o gratuidad de sus servicios, verbigracia en sentencia CSJ SL, 10 dic 2007, rad. 10046, reiterada en sentencia SL11265-2017 y SL2545-2019:

*«[...] es de suponer que **el ejercicio de la abogacía como el de cualquier profesión liberal genere honorarios**, pues los profesionales por lo general obtienen el sustento de los servicios que prestan, de manera que debe concluirse que **la onerosidad es un elemento de la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales**, pero no uno esencial en cuanto, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, **es legalmente permitido que quien presta un servicio profesional independiente decida hacerlo en forma gratuita**, o de manera que su retribución sea aleatoria, como cuando se condiciona a la obtención de un resultado (resalta la sala)*

Dicho de otra manera, quien ejerce la profesión de la abogacía, como el que ejecuta cualquier otra profesión liberal que genere honorarios, salvo que decida hacerlo de manera gratuita, [...] tiene derecho a reclamarlos cuando esté demostrada la actividad profesional para la cual fue contratado, ello en razón a que el contrato de mandato es por naturaleza oneroso; por tanto, es de suponer que, por lo general, tales profesionales obtienen el sustento para sí y para sus familias de los servicios que prestan a sus clientes».

Ahora bien, esgrime la parte accionada en la alzada, que en el caso concreto no se pactaron honorarios por cuanto el accionante se ofreció a realizar la gestión profesional de presentar la demanda de divorcio de manera gratuita, en consideración a algunos favores o asesorías por parte del señor Ferney Camacho, compañero permanente de la accionada Nelly Pirazán, todo ello con base en los testimonios del señor Camacho y Jorge Higuera Bedoya.

Al respecto se tiene que el primero de los citados mencionó en su deposición, que, en efecto, es el compañero permanente de la demandada. Afirmó que el demandante le pedía préstamos muy seguidos de diferentes sumas de dinero; indicó que en un proceso ellos le colaboraron al accionante dándole ideas para que resolviera un problema de un poder en un caso, así como en un proceso penal en su contra, precisando que ellos le redactaron los documentos que debía radicar, junto con unas quejas con unos funcionarios. Que estaban buscando una persona para que llevara el proceso de la señora Nelly y que apareció el demandante, aclarando que esa reunión se dio en su oficina en el décimo piso, misma que tenía tres espacios; que en esa reunión estuvieron Nelly, Jorge Higuera, el demandante y él mismo; que allí el demandante se ofreció para llevar la demanda de Nelly, que la preguntarle sobre cómo iba a ser el pago porque si le cobraba no le servía dado que no tenía recursos, el actor le respondió que estaba muy agradecido con él por toda la colaboración que le había brindado entonces que no le iba a cobrar pero que tenían que proporcionarle el transporte con el fin de que no fuera a pagar eso de su dinero; que en conclusión el demandante aceptó llevar gratis el proceso en compensación por su ayuda en otros procesos; que cuando aquel firmó el poder, Nelly y él fueron a radicar la demanda, que no fue el demandante, tal como lo constata la presentación personal que hizo Nelly en el centro de servicios judiciales de Tunja. Que la primera audiencia a la que acudieron con el demandante fue aplazada y que comieron en la casa de la demandada; que ese día cuando dejó al demandante en su casa le entregó \$800.000 pesos que habían sido entregados por Nelly para que dispusiera de esa cantidad como prefiriera. Que en la segunda ocasión que fueron a Tunja se le entregaron \$500.000 pesos. Que en la tercera ocasión que viajaron, el demandante no hizo esfuerzo alguno porque las partes de ese proceso decidieron conciliar, día en el que al dejarlo en su domicilio se le entregaron otros \$800.000 pesos. Que después Nelly le entregó \$500.000 pesos para que le diera al demandante para ayudarlo porque querían terminar con el asunto de que estuviera pidiéndoles dinero, que esa suma se la dieron a Jorge Higuera porque era el encargado de manejar las finanzas, que le consta que Jorge le entregó esa suma al demandante. Que, con el tiempo, el demandante consideró que debía ayudarlo más por lo que Jorge delante suyo le entregó al actor \$2.900.000, concluyendo que en total se le dieron \$5.500.000. Que en diciembre de 2017 aproximadamente, el demandante empezó a pedir el pago de unos honorarios, que ya se le habían pagado, argumentando que después el demandante adujo que ese dinero había sido de viáticos pero que no había viáticos por cobrar porque ellos lo llevaron y cubrieron la alimentación. Que no elaboraron ningún recibo por los dineros prestados ni entregados, que el demandante no firmó nada.

Por su parte, el señor JORGE ELIECER HIGUERA BEDOYA quien manifestó haber sido subordinado del señor FERNEY CAMACHO, expuso que no se podía dar un contrato con el demandante y que en caso de hacerlo se debía celebrar un contrato de prestación de servicios, precisando que no existió ningún contrato entre la demandada y el demandante. Adujo que el demandante representó a la señora Nelly Pirazán en el proceso de cesación de efectos civiles, no obstante, aseveró que fue él quien proyectó la demanda en compañía de Ferney Camacho. Explicó que ellos ya tenían la demanda proyectada cuando llegó el demandante a la oficina y como los escuchó se ofreció para llevar ese proceso; que estaban él, el señor Ferney, la señora Nelly y el demandante. Afirmó que no se pactaron honorarios y que era él quien revisaba los procesos, por lo que dijo que el demandante solo firmó la demanda porque ya estaba proyectada. Aseveró que el demandante acudió a tres diligencias de ese proceso, eran las 3 audiencias. Dijo que por esas audiencias no se pactó nada, que la pareja Camacho-Pirazán llevaba al demandante a Tunja y le gastaban todo, aunado a que le reconocían algo. Dijo que el demandante aceptó llevar el caso, en agradecimiento con su compañero permanente porque le estaba ayudando en un proceso administrativo y en otro penal. Dijo que la pareja era quien llevaba al demandante hasta Tunja a revisar el proceso, además que el demandante manifestaba que se encontraba en una situación precaria, por lo que Ferney le prestaba dinero casi a diario. Aseguró que no conoce a Julio Cesar Munevar (testigo parte actora) y que no era posible que el demandante llevara a la oficina del señor Ferney más personas porque tenían medidas de seguridad estrictas, dado que el señor Ferney estaba llevando unos casos delicados en contra de la policía. Dijo que antes del 2017 el demandante no había cobrado nada por los honorarios. Manifestó que al demandante se le entregaron unas sumas que llegaron a \$5.500.000 porque su situación era precaria y él decía que no tenía para los servicios, ni el transporte, que ello le consta porque en dos ocasiones le dejaron dinero para entregarle a él, una de \$2.900.000 y otro de \$500.000. Reiteró que no hubo pago porque no hubo contrato, dado que llevó el proceso por agradecimiento

Conforme a lo expuesto, es claro para esta sala de decisión que las manifestaciones realizadas por los referidos testigos, incluso el del señor Germán Cely Ochoa, frente al pacto de gratuidad de la labor profesional desempeñada, no resultan totalmente convincentes, en primer lugar porque el testigo principal, es el compañero permanente de la accionada con claro interés directo en las resultados del proceso, lo que de entrada lo convierte en sospechoso con parcialización en su

dicho a favor de la accionada y, los restantes testigos denunciados, tuvieron una relación de dependencia por trabajar para dicho testigo; además, otro hecho que resulta curioso es que se alega que fue un contrato a título gratuito, pero a su vez se insiste en que se le pagó un total de \$5.500.000 cifra en la que todos coinciden, lo cual antes que dar credibilidad, pues precisamente resulta llamativa tal coincidencia de valores, pero que no haya otros soportes probatorios que permitan su verificación. Como también suscita la incógnita del porqué si tenían proyectada la demanda de divorcio, no la suscribió alguno de sus abogados subordinados y/o dependientes, si se trataba de que el señor Camacho por una cuestión ética no la presentara al ser el compañero permanente de la accionada, evitando con ello la intervención del señor demandante.

Lo anterior, aunado a que los testigos aportados por el abogado demandante, señores JULIO CESAR MUNEVAR CUBIDES y LUIS GABRIEL RIVERA OCHOA, quienes fueron coincidentes en indicar que también estuvieron presentes en la reunión en la cual las partes pactaron el pago de honorarios, de modo que, en gracia de discusión, se debe precisar que dichas versiones contrastadas y analizadas en su contexto, no pueden constituirse como plena prueba dentro del presente asunto debido a que no existen otros elementos de juicio que permitan ratificar sus dichos (artículo 167 del CGP), así mismo, al realizar el análisis comparativo de la declaración rendida con los demás elementos objetivos de prueba, no permiten establecer que en efecto las partes acordaron la gratuidad del contrato, advirtiendo en todo caso, que no habría lugar a compensación alguna en tanto y en cuanto no fue propuesta excepción en ese sentido y no es posible declararla oficiosamente; razón por la cual se confirmará la decisión de primer grado.

Por último, conforme al principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sala se relevará sobre el estudio de las condenas económicas impuestas, pues ellas no fueron materia del objeto de la apelación interpuesta.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte vencida, esto es, la accionada. Como agencias en derecho se fija la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

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,

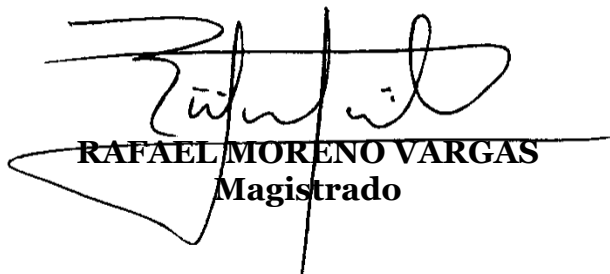
RESUELVE:

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

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte accionada. Como agencias en derecho se fija la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

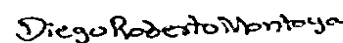
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOKA 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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado JORGE ENRIQUE LIEVANO DAZA contra OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC Rad. 110013105-002-2017-00411-01.

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 parte accionada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES

El señor **JORGE ENRIQUE LIEVANO DAZA** pretende que se declare que existió un contrato de trabajo con OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC con vigencia del 25 de agosto de 1980 hasta el 30 de agosto de 1991. Se declare que no estuvo afiliado al seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte del ente de seguridad social, por estar a cargo del empleador dicha prestación durante la vigencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar el cálculo actuarial por el tiempo laborado a favor del demandante y/o del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección. Que las sumas reconocidas sean indexadas y a su vez se condene al pago de las costas y obligaciones extra y ultra petita.

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, afirmó que nació 12 de diciembre de 1948. Mencionó que prestó sus servicios mediante contrato laboral desde el 25 de agosto de 1980 al 30 de agosto de 1991, tiempo durante el cual, la

compañía por ley estaba encargada del reconocimiento de las pensiones y no pagó los aportes a pensión. Explicó que el 20 de abril de 2015 solicitó que se le informara si entidad había realizado las cotizaciones de los periodos laborados con la empresa; y mediante oficio del 13 de mayo de 2015 se le manifestó que las cotizaciones no habían sido realizadas porque no tenían la obligación, ya que el contrato de trabajo no estaba vigente al 23 de diciembre de 1993. Expresó que el 05 de enero de 2016 solicitó la certificación de los tiempos laborados y la emisión del bono pensional por el tiempo laborado desde el 25 de agosto de 1980 hasta el 30 de agosto de 1991, invocando su derecho fundamental a la seguridad social. Señaló que, mediante oficio del 25 de enero de 2016 se le negó el reconocimiento y pago del cálculo actuarial, con el mismo fundamento de que no tenía la obligación de hacer las cotizaciones, que no había adquirido ningún beneficio pensional y que se ratificaban en lo manifestado en la petición del 13 de mayo de 2015. Adujo que el 17 de enero de 2017, recibió una devolución de saldos por parte de la AFP Protección en cuantía de \$104.638.157, por no tener el ahorro necesario para la pensión de vejez. Finalmente, resaltó que el 22 de mayo de 2017, nuevamente solicitó el reconocimiento y pago del cálculo actuarial, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC mediante oficio del 16 de junio de 2017, volvió a negar el derecho con los mismos fundamentos expresados del 13 de mayo de 2015 (fls. 01 a 06).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de las mismas, argumentando que, durante la vigencia del contrato de trabajo no existió llamamiento obligatorio de inscripción en pensiones, razón por la cual la empresa no estaba obligada legalmente a trasladar aporte alguno de carácter pensional al Sistema de Seguridad Social, así como tampoco a hacer ningún tipo de reserva o provisión, teniendo, a su cargo la expectativa pensional del demandante en los términos del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que hubiere cumplido los requisitos allí establecidos. Preciso que el contrato de trabajo del actor finalizó antes del 23 de diciembre de 1993, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993 que unificó el Régimen General de Pensiones. Expresó que, como lo afirmó el demandante, su contrato de trabajo estuvo vigente entre 1980 y 1991, habiendo finalizado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 - 23 de diciembre de 1993, por lo tanto, es evidente que durante la vigencia de la relación laboral, en su condición de empresa petrolera, no tuvo llamamiento obligatorio de inscripción para proceder a afiliar a sus trabajadores al ISS y pagar

los respectivos aportes para el cubrimiento de los riesgos, por ello, las prestaciones se regían por lo dispuesto en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que el actor cumpliera con los requisitos allí establecidos, por lo que por sustracción de materia no le asistió derecho a percibir lo solicitó, pues no existe disposición alguna que la obligue a constituir títulos que convaliden los aportes de sus trabajadores, cuyo contrato laboral haya finalizado con anterioridad al 23 de diciembre de 1993. Finalmente manifestó que, las Sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004 constituyen precedentes jurisprudenciales vinculantes y por tanto de obligatoria aplicación, en consecuencia, ambas sentencias tienen efectos erga omnes. Propuso las excepciones de «inexistencia de la obligación», «carencia del derecho reclamado», «prescripción», «pago», «cobro de lo no debido», «buena fe», «falta de título causa», y «abuso del derecho» (fls. 64 a 94).

La AFP **PROTECCIÓN S.A.** contestó la demandante indicando que no se oponía a las pretensiones, en la medida que no se dirigían en su contra, sino a la codemandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC. En tal sentido, aclaró que PROTECCIÓN no tiene responsabilidad alguna en el reconocimiento y pago la reserva actuarial o bono pensional pretendido que reclama el trabajador, puesto que se trata de una obligación en cabeza del mencionado empleador, ni tampoco se encontraba afiliado el demandante al ISS, ni mucho menos a PROTECCIÓN. De otra parte, indicó que la responsabilidad de las acciones de cobro de las administradoras de fondos de pensiones nace con la afiliación del demandante al sistema de seguridad social, pero en el presente caso tampoco existe prueba alguna del reporte de novedad de ingreso o afiliación del demandante por los períodos que reclama, de manera que ante esta situación, es el empleador y no el sistema de seguridad social, el responsable de asumir las consecuencias de su omisión de afiliación y pago al sistema de seguridad social, debiendo realizar el cálculo y pago de la reserva actuarial a satisfacción de PROTECCIÓN. Propuso las excepciones de «inexistencia de retardo en el cobro del bono o reserva actuarial reclamada por el demandante», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «innominada o genérica» y «prescripción» (fls. 137 a 142).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 25 de agosto de 1980 al 30 de agosto de 1991. Condenó a la accionada a pagar en favor del accionante el cálculo actuarial por dicho periodo, teniendo en cuenta el último salario promedio devengado, es decir, \$126.456.00, así como

también condenó en costas a la parte demandada. Finalmente absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. Posteriormente, el 12 de febrero del año 2001, corrigió el numeral 2° de la sentencia para precisar que el valor del último salario promedio devengado correspondía a la suma de \$189.658.

Para sustentar la decisión, en síntesis, indicó que estaba demostrado que el accionante trabajó para la demandada entre el 25 de agosto de 1980 y el 30 de agosto de 1991, pero que sólo a partir del 15 de agosto de 1990, el ISS había autorizado la inscripción a los riesgos de invalidez, vejez y muerte entre otras al tipo de empresas como la demandada -petrolera, y en consecuencia no se tenía ninguna obligación legal de afiliar a los trabajadores a esa entidad, así las cosas, el empleador no incurrió para ese momento en omisión. Argumentó que bajo el entendido que no existía norma que regulara las cotizaciones del trabajador en el periodo en que no existió cobertura del ISS, se desconoció que el trabajador no debió ver frustrado su derecho y, de acuerdo a la reciente jurisprudencia estimó que los riesgos pensionales en cabeza del empleador solo cesan con la subrogación a la respectiva entidad de seguridad social, de manera que los tiempos de servicios no cotizados no pueden ser desconocidos y el empleado conserva una responsabilidad financiera que se traduce en el pago del cálculo actuarial. Por consiguiente, era deber de la demandada responder por el cálculo actuarial, periodo en que estuvo vinculado el demandante y que no fue afiliado al ISS, esto es, el 25 de agosto de 1980, al 30 de agosto de 1991, pues las obligaciones del empleador antes de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones cesaban con la subrogación, pero los tiempos de servicio no cotizados por falta de cobertura no pueden ser desconocidos y el empleador conserva su responsabilidad del pago de dicho periodo. Agregando, que dicho cálculo actuarial tiene una incidencia directa en la búsqueda de su derecho pensional y dicho tiempo no cubierto por el ISS no puede perderlo el trabajador en virtud del principio de proporcionalidad debiendo el trabajador sufragar el mismo, con la finalidad de que pueda ser contabilizado para la pensión conforme lo previsto en la Ley 100 de 1993 y que es irrenunciable. Adujo que la accionada que el cálculo actuarial debía observarse el último salario proporcional devengado por el demandante, el cual no tuvo objeción por parte de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial del **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC** apeló la decisión, reiterando los argumentos presentados en la contestación de la demanda

y en los alegatos de conclusión; replicando que, el hecho de que no se hubiera afiliado ni pagado aportes al accionante, no fue por una actuación renuente u omisiva sino que actuó aferrada al ordenamiento jurídico, precisó que el llamamiento obligatorio de inscripción, fue un llamamiento tardío que únicamente se dio a través de la Resolución 4250 de 1993, y dado que el contrato de trabajo finalizó de manera previa, conllevó a que no se pudiera afiliarse y no se pudiera llevar a cabo ningún aporte, y en ese sentido, no nació para el actor ningún derecho pensional. Así mismo estimó, ninguna norma preveía que tuviera que hacerse un aprovisionamiento o algún tipo de resguardo de recursos para el momento en el que existiera el llamamiento obligatorio de inscripción, mencionando que la Ley 100 de 1993 previó cuando procede ese traslado de aportes y allí se señala expresamente que únicamente debían ser trasladados si el contrato estaba vigente al 23 de diciembre de 1993. Añadió que el demandante no acredita los requisitos establecidos en la ley para que tengan que convalidarse los aportes en los términos que lo indica el despacho y menos bajo la figura de cálculo actuarial, pues esta nace con la Ley 100 y aplicarlo a un contrato que finalizó de manera previa, es aplicar de manera retroactiva la Ley y el cálculo actuarial no busca determinar cuánto valen los aportes de la persona sino cuánto vale la pensión de la persona, añadió que esta figura requiere de una variable que no se pueden predicar en el presente caso, como es el salario de referencia. Manifestó que el Despacho pasó por alto que el demandante ya no se encuentra afiliado al Sistema General de Pensiones, puesto que el señor pidió devolución de saldos, de manera que se expide una Sentencia de imposible cumplimiento. Finalmente cuestionó la decisión respecto de que el cálculo actuarial debe ser realizado con base en el último salario y no en el salario real que el accionante devengó.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por 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 accionada OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC alegó en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala determinar si procede el pago de cálculo actuarial por el periodo no cotizado por el empleador del demandante,

interregno en el que no existía para el sitio de trabajo el llamado a inscripción en el sistema de seguros sociales obligatorios.

CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico se advierte que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo entre las partes, toda vez que la empresa al contestar la demanda aceptó la existencia del mismo por el periodo comprendido entre el 25 de agosto de 1980 al 30 de agosto de 1991, hecho que además constata la Sala con el documento visible a folio 38, por medio del cual la empresa demandada expidió certificación que da cuenta de la existencia de la relación laboral y de los extremos temporales antes indicados, razón por la cual, se procede a definir el problema jurídico.

Con base en lo anterior, para resolver el problema jurídico debe advertirse que ésta Corporación es del criterio pacífico expuesto por la H. Sala Laboral de la CSJ, en el que se admite la posibilidad de ordenar el pago de los aportes pensionales a pesar de no existir el llamado de afiliación por parte del régimen de los seguros sociales obligatorios, criterio éste que se empezó a construir la alta corporación de cierre de la especialidad a partir de la sentencia radicada al No. 41745 del 16 de julio de 2014 identificada con el No. SL9856-2014, que para mejor proveer de ella se cita lo pertinente en extenso, para efectos de ilustrar al recurrente:

«...Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual

responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal...».

La misma Corporación reiteró y ratificó el anterior criterio, constituyéndose en doctrina probable, tal como se evidencia de las sentencias SL2138-2016, SL3892-2016, SL 4072-2017 y recientemente en la CSJ SL1473-2021, por lo que ésta Sala de Decisión atiende al criterio de autoridad antes expuesto, toda vez que garantiza y protege los principios que gobiernan la seguridad social, pues con ello se establece una salvaguarda para que, de un lado, proceda el reconocimiento pensional en aquellos eventos en que el interesado adolece de la densidad de cotizaciones necesarias para este, y de otro, para que a favor del interesado el reconocimiento pensional tome en cuenta todos los periodos efectivamente laborados por este, pues en uno u otro escenario, fue un tiempo laborado como trabajador dependiente al servicio de un empleador que usufructuó su fuerza de trabajo.

En este orden de ideas, considera la Sala que sin desconocer los acertados argumentos expuestos en el recurso de apelación, se advierte que en aplicación del aludido criterio jurisprudencial, los aspectos relevantes de su inconformidad ya están resueltos en forma desfavorable, toda vez que se admite que para los periodos laborados no existía la obligación legal de afiliación, sin embargo, en una aplicación sistemática de las normas que regulan seguridad social en pensiones, se colige que tal situación no puede afectar el derecho pensional de los trabajadores, además,

debe decirse que en cuanto al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se aclara por la Sala que este no se inaplica vía excepción de inconstitucionalidad, por el contrario, en un entendimiento armónico y coherente con los principios que orientan la seguridad social en pensiones en el sistema integral de la seguridad social que se edifica a partir de la Ley 100 de 1993, el artículo 33 debe ser entendido en aplicación del principio del principio tuitivo característico de ésta jurisdicción, pues al efecto allí se indicó que éste aplica en casos como el presente en virtud de la consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger la totalidad de los trabajadores subordinados, por lo que su alcance debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

De otra parte, debe indicarse que la elaboración del cálculo actuarial corresponde hacerla a la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, pues si bien es cierto, dichas normas no establecen de manera puntual quien es el obligado a realizar la respectiva liquidación actuarial, no es menos cierto, que es el Fondo de Pensiones al que se encontrare afiliado el trabajador quien en ultimas aprueba la liquidación que eventualmente presente el empleador, razón por la cual, el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sus decisiones siempre ha ordenado el pago del respectivo calculo actuarial sin especificar de ante mano un monto, sino supeditándolo al valor que sea liquidado por la respectiva entidad administradora de pensiones, así por ejemplo, en sentencia SL1480-2018, se impartió por dicha Corporación en sentencia de instancia, la siguiente orden:

«Al pago de los aportes por concepto de pensiones conforme al cálculo actuarial que determine la entidad administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, o se afiliare si no lo está.»

Frente al salario a tenerse en cuenta por parte de la AFP en aras de realizar el cálculo actuarial, corresponde el último salario devengado por el trabajador el que se debe tener en cuenta para tales efectos, tal y como se dispuso en la sentencia de primer grado. De igual modo, debe decirse que en nada incide que a la fecha el actor no se encuentre afiliado al sistema de pensiones por haber solicitado la devolución de saldos, pues el tiempo por el cual se va a realizar el cálculo actuarial es anterior y bien podría solicitar el eventual reajuste de los saldos devueltos, aspectos que en todo caso no fueron objeto de debate en el presente proceso.

Así las cosas, se confirmarán la decisión de primer grado de conformidad con los argumentos expuestos. 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,

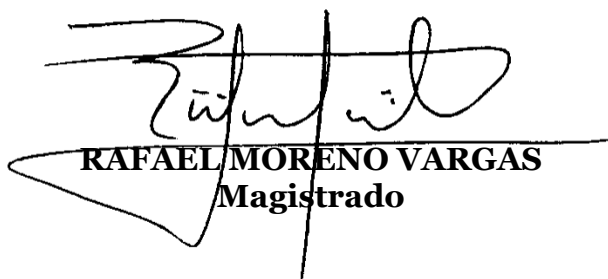
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

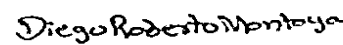
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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 junio de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GUSTAVO LAIDEO CRIADO contra INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS -INDEGA S.A.-
Rad. 11001 31 05 029 2019 00548 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 presentados por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de mayo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **GUSTAVO LAIDEO CRIADO** a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS-INDEGA S.A., con la finalidad de que se declare que existió una relación laboral a término indefinido sin solución de continuidad desde el 01 de agosto de 1993 hasta el 19 de febrero de 2019, la cual finalizó sin justa causa por parte de la demandada. En consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido injusto, la indemnización moratoria, las cesantías, los intereses a las cesantías, la indemnización moratoria por no haber consignado las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones, los aportes a pensión y todos los derechos contemplados en la convención colectiva suscrita por SINALTRAINAL, ASONTRAGASEOSAS y SICO. Asimismo, se condene a la demandada a la devolución de los impuestos que le descontó. Finalmente, se condene a lo Ultra y Extra Petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 01 de agosto de 1993 inició a laborar para PANAMCO COLOMBIA S.A., hoy INDEGA, desempeñando el cargo de ayudante de camión de descargue hasta el 23 de septiembre de 2003 cuando suscribió contrato comercial de concesión para la reventa de producto con el fin de realizar labores de entregador de productos, cargo que fue parte de la planta del personal de la accionada. Señaló que en el mes de junio de 2018 la sociedad accionada delegó el referido contrato a la Compañía de Transporte Bebidas SAS y a la Embotelladora de la Sabana SAS. Expuso que sus labores diarias consistían en conducir el camión, repartir los productos y recaudar mínimas cantidades de dinero destinadas para la demandada y otros; que cumplía el horario de lunes a viernes y el domingo desde las 4:00 am hasta las 2:00 pm o 3:00 pm; que laboró en las instalaciones de la demandada donde recibía los productos y la papelería por parte de un supervisor de reparto que estaba vinculado directamente a la empresa; que la demandada le entregó un camión con los logos de Coca-Cola para el desempeño de sus funciones pero debía pagar unas sumas de arriendo y combustible diario; que debía usar el uniforme de una marca que distribuía la demandada, esto es Coca-Cola; que la empresa le exigió que contratara dos ayudantes, quienes debían portar el mismo uniforme de Coca-Cola; y que la accionada le fijo la ruta de reparto que debía hacer todos los días. Explicó que el salario pactado consistió en la comisión por cajas de productos entregadas, por lo que una vez finalizada la jornada laboral debía entregar el vehículo y las cuentas o facturas de crédito al liquidador. Añadió que el dinero que recaudaba era consignado en una cuenta de BBVA, o en su defecto era destinado para el ACP del vehículo o la nómina de sus ayudantes. Adujo que la accionada le exigió suscribir un contrato de prestación de servicios con la sociedad BPO Consulting LTDA, entidad que debía prestarle los servicios de administración y contabilidad, administración de nómina, asesoría tributaria y diligenciamiento de planillas para pagos de seguridad social y parafiscales. Manifestó que el promedio de su salario era de \$3.200.000 mensuales; que recibió órdenes de los directivos de la accionada; y que por orden de la empresa participó en varios cursos de atención al cliente y entrega de productos. Agregó que durante la relación laboral no fue afiliado al fondo de cesantías, ni gozó de vacaciones, ni percibió el pago de primas de servicios. Señaló que la demandada delegó el pago de aportes a seguridad social a terceras personas que omitieron tal deber durante más de ocho años. Finalmente, aseveró que el 19 de febrero de 2019 la accionada a través de la Compañía de Transporte Bebidas SAS y la Embotelladora de la Sabana SAS, decidió terminar unilateralmente el contrato y sin justa causa (fls. 147 a 175).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. – INDEGA** -, dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que entre las partes existió una relación comercial en virtud de la suscripción de contratos de concesión para la reventa de productos, precisando que el último vínculo contractual finalizó por medio de un acuerdo transaccional. Aseveró que la relación comercial existente entre las partes dista de una relación laboral, toda vez que el actor nunca estuvo bajo la subordinación de la empresa. Adujo que su objeto principal es la elaboración de bebidas no alcohólicas, aguas minerales y otras aguas embotelladas, esto es, una actividad alejada a las desarrolladas por el demandante. Afirmó que la entrega, cargue y descargue de los productos se dio en las instalaciones de la empresa porque así fue pactado en el contrato de concesión, aunado a que la empresa no hacía entrega de los productos, sino que el demandante los compraba. Argumentó que en el contrato de concesión la compañía se obligó a transferir al concesionario todos los conocimientos, experiencia y técnicas comerciales a fin de que cumpliera con las políticas de la empresa en relación con la distribución e imágenes de los productos y las marcas. Aclaró que no puso a disposición del actor un vehículo, sino que lo que existió fue un contrato de arrendamiento, por lo que aquel debía pagar el combustible requerido para la realización de la operación ordinaria. Señaló que nunca asignó rutas al actor, sino que tenía la potestad de sugerir rutas para la distribución, aunado a que el demandante debía portar la indumentaria autorizada, tal como se pactó en el contrato de concesión. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia de la causa y de la obligación», «terminación del contrato de concesión celebrado el 21 de agosto de 2008 por mutuo consentimiento-validez del contrato de transacción», «prescripción», «buena fe» y «compensación» (fls. 263 a 293).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 13 de mayo de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 08 de agosto de 2001 hasta el 20 de octubre de 2018, en consecuencia, condenó a la demandada a pagar las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, indicó que la legislación laboral prevé una presunción legal a favor del trabajador, esto es que al probar la prestación personal del servicio se presume que existió una relación laboral subordinada, de tal suerte que corresponde al empleador demostrar que la prestación del servicio estuvo precedida por un vínculo diferente a la laboral, postura que ha sido ratificada por la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisando que en esta materia es imprescindible que prime la realidad sobre las formas jurídicas. Argumentó que la documental allegada prueba que las partes celebraron un contrato de distribución que se materializa en una concesión de venta mediante la cual un fabricante se obliga a permitir a un distribuidor la reventa de sus productos, siendo un acuerdo en la que el distribuidor se obliga a adquirir los productos especificados en el contrato y su retribución es el margen de ganancias entre el precio de compra y el de venta, aunado a que el distribuidor actúa por cuenta y nombre propio, por lo que es el único afectado por el incumplimiento de un cliente y es quien debe asumir el riesgo de los productos desde que quedan a su disposición. En ese orden, encontró que, si bien se celebró un contrato de distribución, la prueba testimonial da cuenta de que el demandante prestó sus servicios de forma personal a INDEGA, dando paso a la aplicación de la presunción estipulada en la ley. Aseveró que no se desvirtuó la prestación personal del servicio porque la demandada no acreditó la existencia de una relación comercial, pues ni siquiera allegó las facturas de compra del demandante a INDEGA, las cuales habrían sido útiles para deducir que aquel por cuenta propia revendía los productos de la demandada, máxime cuando las facturas de los clientes eran expedidas directamente por INDEGA y los productos entregados por el demandante habían sido vendidos previamente por personal de la empresa. Frente a los extremos temporales de la relación laboral señaló que no halló pruebas de que la misma hubiera iniciado antes de septiembre de 2001 y que mediante transacción se finalizó el contrato el 20 de octubre de 2018, precisando que en materia laboral no son válidos los acuerdos transaccionales que versen sobre derechos ciertos e indiscutibles. De otro lado, manifestó que el vínculo laboral finalizó el 20 de octubre de 2018 y la demanda se presentó el 30 de agosto de 2019, por lo que declaró prescritas las vacaciones y primas de servicios anteriores al 30 de agosto de 2016. Finalmente, arguyó que el pago de la indemnización moratoria e indemnización por no consignación de las cesantías no aplica de manera automática, sino que es menester acreditar la mala fe del empleador, aseverando que la presunción de buena fe no fue desvirtuada dado que no es suficiente el hecho de que la demandada haya celebrado unos contratos comerciales.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial del accionante inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación parcial contra el extremo inicial de la relación laboral, argumentando que el testigo Raúl Tinjacá declaró que cuando llegó a la empresa en 1997, el demandante ya laboraba allí, aunado a que se allegó copia del carnet del actor con fecha de vencimiento del 10 de septiembre de 1998 y una autorización de ingreso expedida por el distribuidor de la demandada Jorge Ruiz con fecha del 08 de octubre de 1996,

concluyendo que se probó que la relación laboral inició antes 2001. De otro lado, afirmó que la demandada incurrió en mala fe al simular contratos de concesión para ocultar la relación laboral, más aún cuando se trata de una empresa experta en la producción de alimentos y tiene un departamento jurídico que conoce la normatividad legal vigente, agregando que los testigos declararon que el cargo del demandante existió en la empresa y fue eliminado para desconocer derechos laborales. De allí que solicitó se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria y de la indemnización de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

El apoderado judicial de la accionada presentó recurso de apelación contra la totalidad de la sentencia, argumentando que las partes celebraron un contrato de concesión, tal como se probó con la documental obrante en el plenario, aclarando que ese contrato consistió en que el demandante se encargaba de la reventa de productos de la empresa a favor de terceros, los cuales eran escogidos libremente por aquel. Aseveró que la decisión no tuvo en cuenta que la operación logística de INDEGA se centraba en otorgar productos al actor a un precio menor al regulado por el mercado, para lo cual podía acceder a un crédito o pagar de contado, decisión que muchas veces dependía del pago que hiciera el tercero, según lo acordado con el demandante. Añadió que a la par se celebró un contrato de arrendamiento de vehículo automotor, por lo que el demandante debía pagar un canon y el mantenimiento del mismo. Explicó que el cargo de ayudante de camión de descargue no existe al interior de la empresa y que el demandante tuvo plena autonomía para contratar a otras personas que le ayudaran en la ejecución de sus actividades diarias, precisando que los testigos no tenían claridad de si eran o no trabajadores de INDEGA. Expuso que INDEGA no era la encargada de realizar actos propios de un empleador como el pago de acreencias laborales, aportes al sistema integral de seguridad social o pago de obligaciones tributarias, debido a que el actor eligió de forma libre a la sociedad BPO para que se encargara de ello, aclarando que tal sociedad es independiente a INDEGA y que su única relación era que esta última descontaba los honorarios de BPO con la autorización del demandante. Señaló que las funciones ejecutadas por el accionante no hacen parte del giro ordinario de INDEGA, pues aquel se circunscribe a la producción de alimentos, bebidas gaseosas e incluso jarabes, siendo la comercialización una actividad ajena a la empresa, puesto que aquella es desplegada por terceros con quienes se celebran contratos comerciales en vista de su conocimiento y experiencia. Arguyó que la decisión fue adoptada aun cuando existe cosa juzgada sobre el objeto de litigio, dado que en el acuerdo transaccional del 20 de octubre de 2018 se estableció que INDEGA se encontraba a paz y salvo, así como que no sería posible impetrar una acción judicial por los hechos motivo del acuerdo, es decir, que en el fondo lo que se buscó fue precaver litigios futuros como el sub lite.

Aseguró que en la celebración de la transacción no medio coerción alguna y que concurrió la voluntad y libertad de las partes acatando lo dispuesto en los artículos 15 del CST y 2469 del Código Civil. En ese orden concluyó que el acuerdo es válido para producir los efectos de la cosa juzgada, teniendo en cuenta que no se negociaron derechos ciertos e indiscutibles, pues el objeto era prevenir un litigio eventual.

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 accionada presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primer grado. A su turno, la parte actora 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 la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo realidad entre las partes, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella genera.

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, conforme lo impone el artículo 61 del CPTSS.

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, el actor en calidad de concesionario y la demandada suscribieron varios *contratos de concesión para la reventa*, cuyo objeto fue: «*La compañía se compromete a otorgar al CONCESIONARIO una concesión para que éste adquiera de aquélla y revenda, en forma no exclusiva, ciertas cantidades acordadas de LOS PRODUCTOS y EL CONCESIONARIO se compromete a adquirir y pagar a LA COMPAÑÍA tales cantidades de PRODUCTOS para venderlos, en forma exclusiva, y velar por la competitividad de LOS PRODUCTOS y la buena imagen de LAS MARCAS*», acuerdos en los cuales se autorizaba al actor a desarrollar las labores de distribución con vehículos propios o arrendados los cuales debían mantenerse asegurados ante una compañía de seguros contra daños emanados de responsabilidad civil contractual y extracontractual, con la posibilidad de desarrollar la labor de distribución con personal contratado por el concesionario y bajo su responsabilidad; contrato que fueron terminados mediante acuerdos transaccionales fechados 29 de enero de 2004, 19 de enero de 2015 y 20 de octubre de 2018 (Fls. 214 a 240).

Conforme a lo expuesto, la Sala tiene por acreditada la existencia una vinculación regida de carácter comercial, la cual se fundaba en la suscripción y ejecución de los contratos de licencia de distribución y de concesión para la venta de productos fabricados o distribuidos por la pasiva, lo cual, pone de presente 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.

Para demostrar la forma en que se ejecutaron los términos contractuales antes indicados, en el proceso se recibieron las declaraciones de los testigos JOHN JAIRO SANTANA RAMIREZ y JUAN RAUL TINJACA.

El primero de ellos, declaró que trabaja en Coca-Cola en el cargo de auxiliar de inventarios en el área de liquidación, donde procesan toda la información de las rutas y camiones de la empresa; que conoce al demandante por su función de recopilar

toda la información que ellos hacen en el mercado; que ellos en sí lo que hacen es ir a entregar un producto que ya fue vendido por la empresa al sector que ya fue asignado; que conoce al demandante aproximadamente desde el 2001; explicó que la ciudad esta sectorizada, entonces la empresa enviaba a dos pre vendedores a la zona asignada al demandante, ellos ofrecen y venden el producto, llevan esa información a la empresa y al día siguiente en horas de la madrugada ellos (el demandante y en general los conductores) arrancan hacia los supermercados para entregarlos aproximadamente a las 3 o 4 am, que ellos van y entregan esos productos, que esos pedidos sobre todo los de supermercados son cobrados por papelería, de tal forma que solamente deben hacer sellar esos documentos certificando que el producto fue entregado, que muy algunas veces salen pedidos para almacenes pequeños que no tienen crédito con la empresa y que pagan de contado, caso en el cual consignan a una cuenta de la empresa, aclaró que la empresa les paga a los conductores un valor por cada caja entregada que después les consigna; que el demandante llevaba en horas de la madrugada a la empresa, recogía la papelería, salía con el camión de la empresa y entregaban el producto a los clientes, por lo que en la tarde llegaban a la empresa a entregar la papelería en liquidación; que los camiones todos son los de la empresa, pero que sabe que ellos pagaban una especie de arriendo por el préstamo del carro pero que no lo tiene claro como contrato; que tiene entendido que BPO les maneja los fletes y eso, que esa sociedad está dentro de la empresa en el edificio de administración y que tiene entendido que la empresa arregló para que BPO les manejara el flete, lo de la salud a ellos. Que el demandante salía con otras dos o tres personas a hacer el reparto, dependiendo de la zona, manifestando que estaban a cargo de aquel y bajo sus órdenes, pero que esas personas eran casi que asignadas por la empresa porque el demandante debía pasar la información de ellos a la empresa, quien autorizaba si podían o no trabajar; que no hay papelería de la empresa BPO, que solo se trata de un descuento que va destinado a esa empresa; que esas funciones desarrolladas por el demandante en algún momento fueron desempeñadas por personal directo pero que INDEGA lo que hizo fue cambiar los contratos y a quienes llevaban mucho tiempo y no aceptaron los reubicaron; que el camión manejado por el demandante tenía los logos de la empresa; que el demandante portaba el uniforme de la empresa; que en el área de ventas tenían unos jefes que eran como jefes de reparto o jefes de ventas, quienes recibían las ordenes de los jefes directos de la empresa, lo que le consta porque eran sus compañeros y acudían a los quinquenios de los trabajadores directos de la compañía; que el demandante no era libre de no ir a trabajar, sino que ellos estaban sometidos a un horario que generalmente empezaba a las 4 am, aclarando que podía ocurrir que al llegar a la empresa luego de la jornada normal, el jefe de ventas los enviara a hacer otro reparto; que le consta que ellos llegaban a las 4 am porque tiene compañeros y porque hubo un tiempo en el que

debían rotar en turnos, además de que es una información que tiene a la mano porque para entrar a liquidar deben ver la hora de entrada de la ruta; que el demandante sólo podía disponer del camión para entregar los productos y que al llegar a entregar el camión, el mismo era revisado por personal de la empresa. Que la empresa era la directamente encargada de asignar las rutas, lo que le consta porque lleva más de 20 años trabajando en la empresa y ha pasado por todas las áreas, de forma que para que cada uno de los que tiene una ruta pueda sacar un camión tiene que estar asignado por la compañía, que específicamente el área de ventas hace esa asignación y que en caso de no cumplir con los estándares, tienen la potestad de retirarlo de la empresa; que los uniformes usados por el demandante tenían en logo de Coca-Cola y que eran entregados por un área de la demandada, lo que le consta porque iba a recoger los uniformes y se encontraba con todos los de las otras áreas que iban a lo mismo.

Por su parte, el señor JUAN RAUL TINJACA declaró que estuvo vinculado a INDEGA desde 1997 hasta el 2018; que adelanta un proceso judicial de la misma naturaleza en contra de INDEGA; que conoce al demandante porque cuando llegó a la compañía en 1997 él ya estaba allí; que el actor realizaba la misma actividad que él realizaba, esto es la de entregar productos de Coca-Cola mediante un camión de la compañía; que el actor contaba con unos auxiliares, los cuales eran recomendados por ellos a la compañía quien era la encargada de autorizar que pudieran trabajar con ellos; que el demandante llegaba a la empresa a las 4 am y culminaba la jornada a la 1 o 2 pm de lunes a sábado; que el contrato que el demandante tenía era uno que la empresa disfrazaba como de compraventa pero que eso es mentira porque ellos no compran ni venden productos, porque son los pre vendedores quienes se encargan de vender; que sus jefes eran similares, que eran supervisores de la empresa que les daban instrucciones y les decían todo lo que tenían que hacer; que no podían faltar, ni delegar la responsabilidad a otra persona, que si necesita el permiso se debe hablar con el jefe inmediato para que asigne otra persona; que el demandante utilizaba un uniforme de la empresa porque nadie puede entrar si no lo tiene; que les pagaban un fijo y una comisión, aclarando que esa comisión era por caja entregada (432 pesos); que la seguridad social la pagaban por medio de un tercero llamado BPO, la cual fue contratada por INDEGA y ella obligaba a los concesionarios a pagar seguridad social por ahí. Que esos uniformes siempre tenían el logo de Coca-Cola; que la compañía les consignaba a su cuenta un valor y de allí sacaban y le pagaban a BPO.

A los declarantes, esta Colegiatura les asigna plena credibilidad respecto de lo manifestado, en razón a que su dicho provino del contacto directo con los hechos afirmados, en razón a que fueron compañeros del actor y por tal situación son quienes están habilitadas para aclarar el asunto sometido a la jurisdicción, sin que

por el hecho de que hubieran impetrado acciones judiciales en contra de la entidad, les reste el comprobado conocimiento directo de los hechos de la demanda.

Así pues, analizadas las pruebas, no encuentra la Sala que la sociedad demandada haya cumplido con su carga procesal de desvirtuar la presunción antes señalada con la acreditación de manera suficiente e incontrovertible que los servicios se prestaron de manera independiente y autónoma, pues si bien los denominados contratos de concesión para la reventa, de carácter comercial, como lo alude la parte recurrente no generan relación laboral, tales documentos no son suficientes para tenerlos como elementos probatorios concluyentes pues si así fuera bastaría con que se aporten los contratos de naturaleza comercial para que automáticamente se tengan como veraces y negadores de una relación diferente a la allí consignada. De manera que la obligación procesal de la demandada no puede limitarse a la simple exhibición de los contratos respectivos, sino que debe acreditar que la relación en verdad fue autónoma e independiente, situación que aquí no se encuentra demostrada.

En efecto, dentro del proceso no quedó acreditado, como lo exige el referido contrato de carácter comercial que el demandante en primer lugar adquiriese de su propio peculio los productos de la demandada y posteriormente los vendiese en la zona adjudicada, lo anterior, no permite concluir, ni que el actor fungiese como comerciante, ni que, a través de su gestión revendiera los productos que previamente adquiridos de la pasiva. La demandada no aportó ningún elemento de convicción, como era su deber procesal y probar tal hecho, todo lo contrario, revisadas las facturas de venta aportadas de folios 36 a 56 dan cuenta que eran expedidas por la demandada INDEGA (FEMSA-COCA COLA), y los productos eran facturados directamente a nombre de los clientes, sin que en modo alguno se indique que eran vendidos al demandante, lo cual, que contrario a lo estimado por el recurrente por pasiva no evidencian relación comercial alguna entre las partes, lo cual tampoco se deduce del contrato de arrendamiento de vehículo de propiedad de la demandada, con el cual se transportaban los productos de la misma.

Lo mismo ocurre con lo alegado en relación con las personas que aparentemente contrató el actor para desempeñar la labor de distribución de los productos de la accionada, pues lo cierto es que, si bien se aportaron planillas de pago, de aportes a seguridad social y prestaciones sociales en favor de unos terceros como empleados del demandante, no es menos cierto que de esos documentos no puede extraerse más allá de toda duda, que esas personas, efectivamente eran quienes prestaban servicios para desempeñar la labor para la cual fue contratado el actor, sumado al hecho que de la prueba testimonial se informa que este no tenía autonomía alguna para contratar terceras personas, sino que debían ser autorizadas por la entidad demandada.

En consecuencia, de lo narrado por los declarantes y la prueba documental arrimada se colige que en la realidad la labor ejecutada por el demandante se prestó con sujeción a órdenes y bajo el cumplimiento de horario, lo que demuestra que en ningún momento el accionante actuó con independencia y autonomía, máxime que sus funciones eran permanentes y operativas, por espacio de casi 18 años, aspecto que tampoco puede pasarse por alto, pues dicha relación contractual no fue efímera ni fugaz, sino, antes por el contrario, duradera y prolongada, lo cual, implica la continuidad y regularidad de una relación de trabajo personal.

Así las cosas, es por lo que la Sala encuentra que la entidad no logró desvirtuar la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST, ya citado, pues demostrada la prestación del servicio y acreditadas las condiciones subordinantes en que desarrolló las labores se concluye que la vinculación en realidad obedeció a un contrato de trabajo. Conforme lo ha hilado en abundante y reiterada jurisprudencia nuestro máximo órgano de cierre, y puntualmente en asuntos similares al que aquí se debate, donde se deprecia la declaración de un contrato de trabajo realidad, no basta con que se exhiba por parte del convocado a juicio la suscripción de contratos de índole comercial, y todos los demás documentos propios a la celebración, ejecución y liquidación de esta forma de contratación, que por lo demás, también es lícita, pues en todo caso, es deber del Juez laboral auscultar los demás medios de convicción que se viertan al proceso en aras de arribar a la verdad real, y encontrar, en aplicación del artículo 53 de la norma superior, la eventual existencia de un contrato realidad en contraposición a un contrato meramente formal o aparente, dando cabida de esta forma a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidos por las partes bajo la apariencia de una vinculación jurídica o relación contractual diferente a la propiamente laboral.

Además, cabe reiterar que, una vez acreditada la prestación personal de un servicio, opera la presunción legal antes dicha, en virtud de la cual, corresponde al empleador, demostrar que la actividad personal por la vía de la prestación de servicios y desplegada por quien demanda su condición de trabajador subordinado, en realidad lo fue con plena autonomía e independencia. Al respecto, se advierte que ningún esfuerzo probatorio desplegó la demandada para derrumbar la presunción que cobija al actor, pues se limitó a aportar los contratos que dan cuenta de la prestación personal del servicio, olvidando de esta forma la pasiva que en este tipo particular de juicios, una vez demostrada la prestación del servicio, se invierte la carga de la prueba en contra de quien funge como empleador, corriendo por su cuenta la carga demostrativa y no de la demandante el acreditar todas las circunstancias en que se ejecutó la actividad personal para demostrar que no era autónoma e independiente,

para lo cual, se ha dicho de manera insistente por la doctrina de la jurisprudencia laboral, que no es suficiente aportar al plenario los contratos formales, cuentas de cobro y demás documentos que formalmente se utilizan para esta clase de contratos. Lo anterior, permite confirmar la declaración de la existencia de la relación laboral, asumida igualmente en la sentencia de primer grado.

Frente al extremo temporal inicial reclamado desde el año 1997, encuentra la Sala que si bien existen de un carnet y una autorización de entrada de los años 1997 y 1998, de allí no es posible verificar que en efecto el contrato laboral haya nacido para esa fecha, pues allí se habla de los cargos de distribuidor independiente y vendedor, pero no de la forma en que pudo ejecutarse la vinculación y si en verdad prestó sus servicios personales para esa data, sin que de las demás medios probatorios pueda extraerse como tal ese vital aspecto para fijarlos como fecha inicial del contrato, por lo que se confirmará lo decidido en primer grado, pues los ya mencionados contratos dan cuenta que la relación inició en el mes de agosto de 2001.

Con relación a la validez de la transacción, 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. En este caso, la transacción alegada, no puede aplicarse en materia laboral, pues la misma se dio para dar por terminado un contrato de carácter comercial y precisamente, al haberse encontrado la existencia de un contrato realidad laboral, tal pacto quedó sin validez frente a los derechos sociales que envuelve el mismo, por contener derechos ciertos e indiscutibles en favor del trabajador que resultan irrenunciables. Razón por la cual, no había lugar a declarar la cosa juzgada en los términos solicitados y por ello ha de confirmarse lo decidido en este puntualísimo aspecto por la juez A quo.

En ese orden de ideas y al estar demostrada la existencia del contrato de trabajo en los términos expuestos y al no haberse presentado de manera puntual en el momento procesal correspondiente, reparo alguno respecto de las condenas fulminadas en la oportunidad procesal correspondiente, no es dable adelantar juicio de valor alguno sobre los conceptos o montos que en contra de la demandada fueron fulminados, por

lo que se confirmará en su integridad el monto de las sumas señaladas en la sentencia de primer grado.

Indemnización moratoria contempladas en los artículos 99 de la Ley 50/90 y 65 del CST.

Finalmente, en lo que refiere a estas sanciones, como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, las indemnizaciones moratorias pedidas, tienen 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).

En el caso concreto, la buena fe no se encuentra acreditada en razón a que pese haberse ejecutado en la realidad un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad; la Sala resalta que no basta con argüir la existencia y suscripción del contrato comercial o ampararse bajo el convencimiento de estar actuando conforme los parámetros de este, para lograr la exoneración de las sanciones moratorias, sino que es necesario que concurran otras razones atendibles que justifiquen esa sustracción de las obligaciones propias del contrato de trabajo que resultó demostrado. En el sub examine, se estima que no existe una razón valedera para exonerar del pago de las indemnizaciones condenadas, además de que con la valoración probatoria realizada, se arriba a una conducta mal intencionada por parte del empleador, con la finalidad de ocultar la existencia de la relación laboral.

En tal sentido por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, teniendo en cuenta los salarios indicado en primer grado y que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las acreencias exigibles a 30 de agosto de 2016, sin que ello haya sido objeto de reparto en la alzada, se condenará a las siguientes sumas:

Las del año 2015 (30/08/2016 al 14/2/2016)	Salario	Valor sanción
121 días	\$3.118.833 (\$103.961 diarios)	\$ 12.579.293
Las del año 2015 (16/2/2016 al 14/2/2016)	Salario	Valor sanción
359 días	\$3.118.833 (\$103.961 diarios)	\$37.321.999
Las del año 2016 (16/2/2017 al 14/2/2017)	Salario	Valor sanción
359 días	\$3.118.833 (\$103.961 diarios)	\$37.321.999

Las del año 2018, debían pagarse directamente al trabajador a la terminación del contrato de trabajo, que lo fue el 20 de octubre de 2018 con la liquidación final de prestaciones sociales; y por concepto de sanción moratoria por no pago de las mismas, la demandada adeuda un día de salario por cada día de retardo, desde el 21 de octubre de 2018 hasta el 21 de octubre de 2020, toda vez que el salario devengado es superior al salario mínimo legal para la época, que dividido entre 30 corresponde a \$103.961 diarios, lo cual arroja un total de \$74.851.920 (=\$3.118.833 /30*720). En lo sucesivo la demandada está obligada a reconocer y pagar intereses moratorios a partir del 22 de octubre de 2020 hasta que se realice el pago de las acreencias por prestaciones sociales adeudadas.

A lo anterior se suma que cada proceso atiende a razones de orden fáctico y probatorio distintos que impiden a esta Sala de Decisión dar aplicación automática a las providencias que se han emitido respecto de la misma sociedad bien en otras Salas de esta Corporación ora por la Corte Suprema de Justicia.

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:

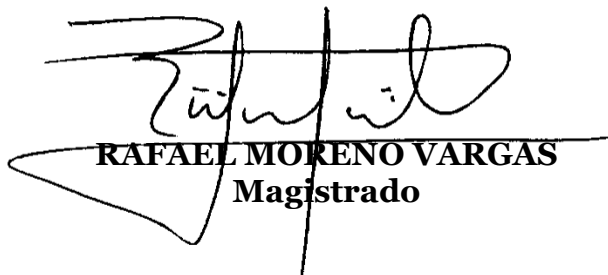
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia objeto de estudio, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **INDEGA S.A.**, a reconocer y pagar la suma de \$87.223.291 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías; y la suma \$74.851.920 por concepto de sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales a la terminación del contrato causadas desde el 21 de octubre de 2018 hasta el 21 de octubre de 2020. A partir del 22 de octubre de 2020 y hasta que se realice el pago de las acreencias por prestaciones sociales se **CONDENA** al pago de intereses moratorios

sobre las mismas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En lo demás se confirma.

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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ADRIANA MARCELA CARRERA BURGOS contra FUNDACION CRISTOVISION. Rad. 110013105-018-2018-00545-01.

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 el apoderado de la parte accionante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el día 05 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora **ADRIANA MARCELA CARRERA BURGOS** como pretensiones principales deprecia que se declare que entre ella y FUNDACIÓN CRISTOVISIÓN existió un contrato individual de trabajo a término indefinido, con fecha de inicio 01 de agosto de 2015 y de finalización el día 13 de enero de 2017 por despido unilateral y sin justa causa, que la FUNDACIÓN CRISTOVISIÓN no le canceló la liquidación de acreencias laborales, no le pagó en el transcurso del año 2015 y 2016 las horas extras, domingos y recargo por ella laborados. Que todas las horas extras, dominicales y recargos laborados durante el transcurso de la relación, derivados del contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito le sea reconocida su naturaleza salarial.

Para tal efecto, se condene a la demandada al pacto de las vacaciones por el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2015 y el 13 de enero de 2017, a la reliquidación del salario correspondiente al periodo comprendido entre el 01 de enero y el 31 de diciembre de 2016, todo lo anterior teniendo en cuenta el valor de

los domingos laborados con sus respectivos recargos y horas extras, al pacto del salario correspondiente al período comprendido entre el 01 y el 13 de enero de 2017; a la reliquidación de la prestación social denominada prima de servicios, correspondiente al periodo comprendido del 01 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015, del 01 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016 y entre el 01 y el 13 de enero de 2017; a la reliquidación de las cesantías e intereses de cesantías correspondientes al periodo comprendido del 01 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015, del 01 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016 y del 01 de enero de 2017 al el 13 de enero de 2017, de igual forma, teniendo en cuenta para dicha liquidación el valor de los domingos laborados con sus respectivos recargos, horas extras, sanción por no pago oportuno de los intereses de las cesantías a la finalización de la relación laboral; a la cancelación de la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al pago de una suma igual al último salario diario devengado por cada día de retardo en el pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, a partir del día 14 de enero de 2017 y hasta la fecha en que efectivamente se realice la respectiva reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, salarios e indemnizaciones. Así también, se condene a realizar las cotizaciones al Régimen de Seguridad Social en pensiones consignadas por valores menores, correspondientes al periodo comprendido desde el 01 de agosto de 2015 al el 13 de enero de 2016; Realizar las cotizaciones al Régimen de Seguridad Social en Salud consignadas por valores correspondientes al periodo comprendido desde el 01 de agosto de 2015 hasta el 13 de enero de 2016, todo ello teniendo en cuenta el valor de los domingos laborados, a su vez con los respectivos recargos dominicales. Finalmente se condene al pago por concepto de indemnización por despido sin justa causa, al pago de todos los conceptos que resulte probados dentro del proceso, en aplicación de lo ultra y extra petita, así como al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que contrajo con la FUNDACIÓN CRISTOVISIÓN una relación laboral que inició el 01 de agosto de 2015 y culminó el 13 de enero de 2017, la cual surgió en virtud de un contrato de trabajo escrito a término indefinido. Manifestó que el cargo para el que fue contratada fue el de productora general. Expresó que el salario pactado para el año 2015 fue de \$3.165.000. Preciso que la jornada ordinaria de trabajo fue pactada, sin embargo, informó que durante el transcurso del año 2015 laboró por encima de su jornada ordinaria de trabajo los días domingo 16 de agosto de 2016 - 5 horas extras, 6 de septiembre de 2015 - 10 horas extras, 4 de octubre de 2015 - 3 horas extras, 18 de octubre de 2015 - 15 horas extras, 25 de octubre de 2015 - 15 horas extras, 6 de diciembre de 2015 - 9 horas extras, 27 de diciembre de 2015 - 6.5 horas

extras, no siendo cancelados ni calculados como factor salarial por la demandada el respectivo recargo dominical y horas extras, así como tampoco fueron tenidos en cuenta para efectuar el pago de prestaciones sociales, vacaciones ni a la hora de efectuar las cotizaciones al sistema integral de la seguridad social. Mencionó que el salario pactado para el año 2016 fue de \$3.165.000, adujo que laboró por encima de su jornada ordinaria de trabajo el 07 de febrero de 2016 - 1 hora extras, el 28 de febrero de 2016 - 6.5 horas extra, el 20 de marzo de 2016 - 5 horas extras, el 27 de marzo de 2016 - 15 horas extras, el 17 de abril de 2016 - 15 horas extras, el 24 de abril de 2016 - 15 horas extras, el 1 de mayo de 2016 - 0.5 hora extra, el 22 de mayo de 2016 - 1 hora extra, el 19 de junio de 2016 - 8 horas extras, el 4 de septiembre de 2016 - 7.6 horas extras, el 25 de septiembre de 2016 - 1 hora extras, el 9 de octubre de 2016 - 14 horas extras, los cuales no fueron efectivamente cancelados ni calculadas como factor salarial, así como tampoco fue tenido en cuenta el pago de prestaciones sociales y vacaciones, ni las cotizaciones al Sistema Integral de la Seguridad Social. Añadió que el salario percibido durante enero de 2017 fue de \$3.355.000. Mencionó que, durante la vigencia de la relación laboral, cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales y que la Fundación CRISTOVISIÓN la despidió el día 13 de enero de 2017 sin justa causa. Resaltó que, a la fecha de presentación de la demanda, la accionada no ha cancelado la liquidación por acreencias laborales a que tiene derecho. Advirtiendo que, a la finalización de la relación laboral, la demandada tampoco canceló las vacaciones, prima de servicios, cesantías, intereses de estas últimas y salario y no realizó las cotizaciones al Sistema Integral de la Seguridad Social en Pensiones a que tuvo derecho por el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2015 y el 13 de enero de 2017. Finalmente indicó que, a la finalización de la relación laboral, la demandada FUNDACIÓN CRISTOVISIÓN adeuda la reliquidación de salarios prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social, teniendo en cuenta el valor de los domingos, horas extras y recargos laborados (Fls. 52 a 57).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Según auto No. 2018-0545 del 03 de febrero de 2020 se tuvo por no contestada no contestada la demanda por parte de la demandada **FUNDACION CRISTOVISION** por extemporánea (Fl. 124).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 05 de octubre de 2020, declaró que entre la señora ADRIANA MARCELA BURGOS y la demandada FUNDACIÓN CRISTOVISIÓN, existió un contrato de trabajo escrito, a

término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 1 de agosto de 2015 y el 3 de enero de 2017, fecha en la cual terminó por despido sin justa causa atribuible empleador; y absolvió a la demandada FUNDACIÓN CRISTOVISIÓN, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el presente asunto.

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente que hubo discusión en torno a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el cargo desempeñado y la última asignación salarial por la suma de \$3.355.000, así como los extremos de la relación contractual y la forma de terminación del contrato de trabajo. Con relación al trabajo suplementario reclamado, indicó que según la jurisprudencia vigente, debe ser definitivo, claro y preciso, no siendo dable al juzgador hacer suposiciones para deducir un número de horas extra trabajados, siendo dicha carga exclusiva del trabajador, recordó que el Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social no establece una disposición expresa sobre la carga de la prueba, no obstante, en los términos del artículo 167 del CGP es la parte demandante quien debe demostrar con definitiva claridad cada una de las horas extra laboradas, por tal motivo, no pudiéndose ello ser demostrado de forma genérica sino de forma discriminada y concreta, que para el caso no se evidenció. Por lo anterior, el despacho consideró que la parte actora no logró demostrar de forma contundente y específica la causación e los conceptos señalados, máxime cuando las pretensiones son indeterminadas, adujo que si bien se señalan los días, no se verifica la hora ni la jornada, pues en las planillas de programación se denota que no indican las horas solicitadas, y pese que en algunas de ellas se encuentra la hora de programación, estas horas se señalan expresamente para un equipo de trabajo, mas no para la demandante, quien en la mayoría de las planillas se encuentra relacionado su nombre de forma manuscrita. Aunado a ello, resaltó que la propia demandante en su interrogatorio de parte, manifestó que era ella quien hacia las programaciones de turnos y no se relacionaba que debiera asistir a las mismas de forma intrínseca, sin poder dar plena veracidad y aunado a lo señalado por el representante legal donde desconoce el señalado manuscrito.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, pues consideró que las planillas que se manejaron en la fundación tienen que ser valoradas como un todo, ya que para ese momento era el protocolo que se manejaba en la fundación para la asignación de esos trabajos, por lo tanto, no era la actora quien se programaba los turnos para laborar horas extra; como en su declaración lo manifestó, ella siempre solicitó autorización a su

superior, pues estos tenían previo conocimiento y todo el tiempo requerían su asistencia para supervisar estos grupos de trabajo, de manera que, viendo las mencionadas planillas en conjunto y la declaración de la demandante, se lograba probar que si trabajo esas horas extras, añadió que en el grupo de trabajo ella estuvo supeditada a toda hora por sus jefes, y en ese orden de ideas, la demandada debe ser condenada a indemnización sin justa causa y a la reliquidación de cada uno de los conceptos correspondientes al año 2015 por no haber sido tenidos en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales.

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 demandante presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada. La demandada por su parte guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, en virtud de las materias objeto de apelación, le corresponde a esta Corporación, determinar si es procedente el reconocimiento y pago del trabajo suplementario teniendo en cuenta lo reparos efectuados por el apoderado judicial de la parte demandante en el recurso de alzada.

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 que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2015 y el 13 de enero de 2017 según se desprende de la copia del contrato de trabajo (fls. 27 y 27) y de la comunicación de terminación del vínculo laboral sin justa causa (fls. 29), lo cual da cuenta que la actora desempeñó el cargo de Productora General, bajo la modalidad de contratación a término indefinido, aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

Respecto del trabajo suplementario alegado por la parte actora, sabido es que la honorable CSJ – Sala de Casación Labora ha adoctrinado que atendiendo la carga de la prueba y que se encuentra regulada en el artículo 167 del C.G.P., le corresponde a la parte demandante el demostrar su dicho, tan es así que en

reiteradas providencias siendo una de ellas la de radicación No. 42167 de 2012 en la que precisó:

*«[...] 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**» (se subraya)»*

Sumado a lo anterior, la Alta Corporación con ocasión al tema de trabajo suplementario en sentencia SL 2148 de 2018, que trajo a colación la sentencia con radicación No. 27064 de 2006 ha enfatizado que, *«la prueba del tiempo suplementario debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo».*

En este sentido, resulta diáfano, que en tratándose de horas extras la carga de la prueba está a cargo del trabajador, pero que ésta debe ser concreta y específica de manera que permita determinar la época y duración de la jornada en la que realmente se prestó el servicio.

Lo anterior, obedece a que el trabajador que busca una condena en cuanto a la referida retribución ha de generar en el Juez el firme convencimiento de que el trabajo suplementario efectivamente se ha producido; la mencionada Corporación pretéritamente, en sentencia del 15 de julio de 2008, Rad. 31637, advirtió que para que se condene por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de verificarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión ya que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones teóricas basadas en meras especulaciones o conjeturas para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

Al respecto, se observa que la demandante no cumplió con la carga probatoria a la que se ha hecho alusión, pues no acreditó de manera certera cual fue el horario en que laboró o en el cual causó las horas extras pedidas, si trabajó durante días

festivos o dominicales y mucho menos si el horario se extendió más allá de la jornada legal, sin que de las planillas obrantes de folios 35 a 49, pueda deducirse la autorización para la ejecución de ese trabajo suplementario, ni muchos menos permiten evidenciar que la recurrente prestó efectivamente sus servicios fuera de la jornada ordinaria. Es más, en muchas de esas planillas aparece el nombre, pero de forma manuscrita de la demandante como participante de los turnos allí indicados, aspecto que por demás no fue aceptado por la parte contraria.

Aunado a lo anterior, la actora en su interrogatorio de parte indicó no sólo que sí le pagaron tiempo suplementario, sino que ella misma era quien asignaba y programaba turnos, por cumplir funciones de carácter administrativo por lo que, no resulta de recibo lo consignado en dichas planillas en las que no aparece ella, sino de forma manuscrita, de ahí que, se considera que estas son un elementos de juicio suficientes para determinar que la demandante prestó el trabajo suplementario a favor de CRISTOVISIÓN; lo anterior, sumado al hecho de que en la liquidación final de prestaciones sociales se verifica el pago de compensatorios, tal y como lo acepta la actora, de ahí que, al no precisarse cuales y cuantas horas laboró y en qué periodos, no sea posible emprender el cálculo del tiempo reclamado, sin que sea de recibo lo planteado por el recurrente en el sentido de atender lo dicho por la actora en su interrogatorio de parte, pues es bien sabido que no las partes no les es dado fabricar su propia prueba.

Así las cosas, la Sala de Decisión concluye que en el juicio no existe prueba de la ejecución de trabajo suplementario por parte de la apelante conforme lo establece el artículo 167 del CGP, razones por las cuales habrá confirmarse lo decidido en primera instancia y por sustracción de materia, no hay lugar verificar los reajustes e indemnizaciones que de allí podrían derivarse.

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,

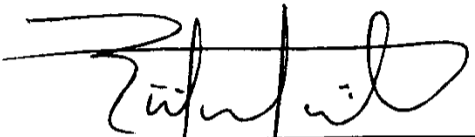
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

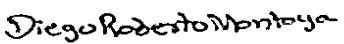
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALFREDO CUEVAS MEDINA contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-016-2019-00322-01.

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 PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de mayo 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 **ALFREDO CUEVAS MEDINA** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, por medio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. En consecuencia, se ordene reactivar su afiliación en el RPMPD; se condene a PORVENIR S.A., trasladar la totalidad de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y cualquier suma adicional del fondo. Finalmente se condene a las demandadas a todo lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que nació el día 16 de febrero de 1961, e inició a cotizar en el RPMPD, en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales —ISS desde el 16 de julio de 1988 hasta el 31 de agosto de 1999, fecha en la cual efectuó el traslado al RAIS, mediante la afiliación a PORVENIR S.A.; indicando que el fondo privado no le brindó la información adecuada y completa, guardando silencio sobre algunos aspectos como los requisitos para

pensionarse en uno y otro régimen. Explicó que el 31 de octubre de 2018 elevó petición ante PORVENIR solicitando la nulidad del traslado al RAIS, no obstante, la entidad negó el pedimento. Asimismo, manifestó que el 01 de noviembre de 2018 radicó petición ante COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado al RAIS, empero, su petición fue negada. Agregó que ha cotizado el número de semanas requeridas para obtener la pensión de vejez en el RPMPD con el 80% de IBL (Fls. 41 a 69).

CONTESTACIONES DE LA 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, el demandante se afilió al RAIS de manera libre de presiones o engaños, tal como lo aceptó al suscribir el formulario de afiliación que contiene la declaración escrita que exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Aseveró que siempre garantizó el derecho de retracto al demandante, en tanto, el 14 de enero de 2004 la AFP publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad de los afiliados de trasladarse de régimen. Manifestó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Fls. 106 a 139).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el traslado de régimen se realizó de manera voluntaria, pues para la data del traslado solo era necesario expresar su voluntad en el formulario de afiliación del fondo privado. Señaló que no es dable aducir que existió un error o vicio en el consentimiento del accionante, toda vez que su permanencia en el RAIS por más de 16 años ratifica su intención de pertenecer al régimen privado. Expuso que el demandante no atendió a la oportunidad de retornar al RPMPD antes del 16 de febrero de 2013. Aseveró que para 1999 sólo se requería el diligenciamiento del formulario de afiliación, de tal suerte que no era obligación de las AFP documentar la información brindada a los afiliados, ni entregar proyecciones pensionales. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción y caducidad», «inexistencia de la obligación», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 151 a 158).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 12 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS; ordenó a la AFP PORVENIR a trasladar la totalidad de las cotizaciones, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexadas a COLPENSIONES, quien deberá aceptar los valores trasladados y efectuar el ajuste a la historia laboral del demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifiesta por escrito su elección, lo que implica la aceptación de las condiciones propias de aquel. Preciso que es obligación de las AFP suministrar a los usuarios información suficiente, amplia y oportuna con el fin de brindar a los afiliados criterios para escoger las entre todas las opciones del mercado, so pena de declarar la ineficacia de la afiliación. Aseveró que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la carga de la prueba en casos como el del sub lite se invierte a favor del afiliado, de tal forma que es el fondo quien debe demostrar que cumplió con el deber de información al momento del traslado. En ese orden resaltó que la AFP PORVENIR no acreditó el cumplimiento del deber de información, precisando que el formulario de afiliación suscrito por el afiliado no es suficiente para tal efecto porque a lo sumo implica un consentimiento libre de vicios, pero no informado. Agregó que en el interrogatorio de parte del demandante no se evidenció una confesión sobre el suministro de información suficiente para la fecha del traslado, sobre las condiciones necesarias para pensionarse entre uno y otro régimen, las ventajas y desventajas de tal decisión. Finalmente, arguyó que no es procedente declarar la prescripción de la acción que persigue la ineficacia del traslado de régimen pensional, toda vez que está ligada al derecho fundamental a la seguridad social, el cual es imprescriptible.

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 el precedente jurisprudencial no puede ser aplicado de manera objetiva, sino que se deben tener en cuenta las condiciones específicas del caso, precisando que para el momento del traslado de régimen del demandante, sólo se requería el diligenciamiento del formulario de afiliación para que fuera válido según lo normado por la Superintendencia Financiera. Arguyó que la AFP cumplió con todos los deberes a su cargo y que la permanencia del demandante en el RAIS ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado con el paso del tiempo. Afirmó que no es posible

declarar la ineficacia del traslado fundada en la existencia de vicios en el consentimiento, toda vez que la AFP brindó al actor una información completa sobre las implicaciones de su decisión. Señaló que al tenor de lo establecido en los artículos 1756 y siguientes del Código Civil, es preciso tener en cuenta que operó el saneamiento de vicios por ratificación tacita, toda vez que el demandante cotizó al RAIS de manera personal y voluntaria durante años. Adujo que no es posible exigir el cumplimiento de deberes que no estaban a cargo de la AFP para el momento del traslado de régimen, tal como entregar una proyección pensional, pues bastaba con que el afiliado recibiera una asesoría verbal. De otro lado, arguyó que no es procedente la devolución de gastos de administración, dado que en el RPMPD también se destina un porcentaje de la cotización a cubrir los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes. Aseveró que los gastos de administración no forman parte integral de la pensión, por lo que solicitó declarar la prescripción sobre aquellos y cualquier otro emolumento que no está llamado a financiar la pensión. Añadió que la Superintendencia Financiera ha reiterado que cuando se declara la ineficacia del traslado solo es procedente el reintegro de las cotizaciones y rendimientos financieros, no de los gastos de administración, ni las sumas de los seguros previsionales, considerando que la compañía aseguradora cumplió con su deber. Finalmente, consideró que no es procedente dejar sin efectos el traslado de régimen sólo porque no cumplió con la expectativa pensional 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, 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, COLPENSIONES allegó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo contestario, argumentando que no es procedente el traslado de régimen pretendido por la actora. Por su parte, el accionante 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 6 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 16 de febrero de 1961, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del 2023, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR y COLPENSIONES el 31 de octubre de 2018 y el 01 de noviembre de 2018, respectivamente (fls. 8, 31 y 39), es decir, cuando evidentemente ya faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en

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”.

vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 245 semanas cotizadas al ISS (fls. 22 y 28), 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 19 de agosto de 1999 (Fl. 20), 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 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 (fol. 20), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy 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.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (19 de agosto 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 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 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, 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 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 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,

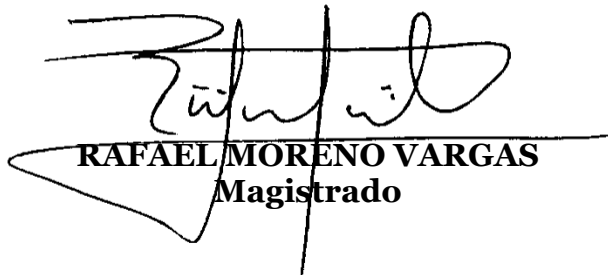
RESUELVE

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

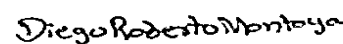
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA TERESA CUELLAR DE JIMENEZ contra COLPENSIONES, AFP'S SKANDIA Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-024-2019-00586-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, 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 de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de mayo de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **MARIA TERESA CUELLAR DE JIMENEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, efectuado a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PENSIONAR S.A., hoy SKANDIA. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., a trasladar la totalidad de lo recibido por su traslado de régimen, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con los frutos e intereses al RPMPD administrado por COLPENSIONES, quien deberá recibir su afiliación y reconocer su pensión de vejez desde el 22 de septiembre de 2019. Asimismo se condene al pago de la diferencia entre lo ahorrado en el RAIS y lo que debió pagar por aportes en el RPMPD, más los intereses moratorios. Finalmente se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria pretende que se condene a las demandadas al pago de una indemnización de perjuicios, calculada sobre la diferencia entre la pensión que le será reconocida en el RAIS y la que le hubiera correspondido en el RPMPD.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el día 22 de septiembre de 1962, e inició a cotizar en el RPMPD, en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales —ISS desde el 05 de mayo de 1980 hasta 30 de mayo de 1997, momento en el cual efectuó el traslado al RAIS, mediante la afiliación a PENSIONAR, hoy SKANDIA S.A., entidad en la que estuvo afiliada hasta el 08 de mayo de 2001, cuando se afilió a la AFP PORVENIR. Mencionó que los fondos privados no cumplieron con el deber de buen consejo, ni le brindaron la información sobre los riesgos, ventajas y desventajas de ambos regímenes, de forma que fue engañada e inducida a un error. Explicó que en junio de 2018 solicitó una proyección pensional a la AFP PORVENIR, descubriendo que su mesada pensional sería inferior al salario que devengaba. Por lo anterior, adujo que solicitó el traslado de régimen ante COLPENSIONES, PORVENIR y SKANDIA, no obstante, su pedimento fue negado (Fls. 4 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP SKANDIA 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 gozaba de plena capacidad para el momento del traslado, estando facultada para celebrar actos jurídicos. Aseveró que la selección del régimen es una decisión libre y voluntaria del afiliado, por lo que al afiliarse aceptó las condiciones propias del RAIS, aunado a que con la suscripción del formulario de afiliación admitió que conocía el reglamento del fondo y se adhería a él. Aseguró que no es posible afirmar que la demandante fue engañada, dado que PENSIONAR le brindó una asesoría sobre las condiciones propias del RAIS. Arguyó que no es posible la existencia de vicios de consentimiento, sin esbozar los supuestos facticos y jurídicos que los sustentan. Explicó que la AFP transfirió todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a la AFP PORVENIR cuando se afilió a aquella. Frente a las pretensiones subsidiarias, argumentó que no es dable reconocer y pagar perjuicios a la demandante porque no acreditó perjuicio alguno, ni la AFP causó un daño. Formuló como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen ni en el traslado de fondo», «la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado», «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 la demandante», «prescripción», «buena fe» y «genérica» (Fls. 91 a 102).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el traslado de régimen de la accionante es válido, dado que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, aunado a que no se encontraba inmersa en una causal de prohibición. Resaltó que si bien es cierto el fondo privado tiene el deber de información, la demandante debió corroborar lo dicho por la AFP, pues las condiciones de uno y otro régimen se encuentran en la ley. Arguyó que la afiliación al RAIS fue un negocio en el que COLPENSIONES no participó por lo que no puede asumir responsabilidad alguna. Esgrimió que el deber de información está en cabeza de las AFP, no obstante incumbía a la demandante probar la existencia de un vicio en el consentimiento. Aseveró que la entidad no puede contrariar las normas vigentes, motivo por el que no podía activar la afiliación de la demandante porque está vinculada a un fondo privado. Agregó que no se puede reconocer una pensión a la demandante en el RPMPD, dado que no aportó al régimen, resultando beneficiada por los aportes de quienes sí permanecieron en el RPMPD. Formuló como excepciones de mérito las de «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «buena fe de Colpensiones», «cobro de lo no debido», «inexistencia del derecho reclamado», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2015», «compensación», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 133 a 151).

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que, la demandante se afilió a PORVENIR luego de haber sido asesorada sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, por lo que suscribió el formulario de afiliación, un documento que se presume autentico. Aseguró que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación, toda vez que no existieron vicios en el consentimiento o causa u objeto ilícitos. Aseveró que la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 se refiere a los actos que impiden o atentan contra el derecho de afiliación, los cuales no fueron alegados ni probados. Añadió que según los lineamientos de la

Superintendencia Financiera, solo era necesaria la suscripción del formulario de afiliación para que el traslado fuera valido, lo cual fue ratificado con la permanencia de la actora en el RAIS. En relación con la pretensión subsidiaria, resaltó que la demandante no estimó la cuantía de los perjuicios que afirma haber sufrido. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe» «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Fls. 184 a 215).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 03 de mayo de 2021 absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que las AFP tienen el deber de brindar información amplia y suficiente a sus afiliados desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, pues en caso de no ser así la afiliación carece de validez. Adujo que le corresponde a la AFP probar que brindó la información completa, veraz y oportuna, de tal suerte que sea posible deducir que existió un consentimiento libre e informado por parte del afiliado. En ese orden, encontró que la AFP OLD MUTUAL cumplió con la carga de la prueba que le competía, puesto que allegó el formulario de afiliación suscrito por la demandante que contiene la aceptación de todas las condiciones del RAIS. Así mismo, consideró que la demandante confesó que había recibido una asesoría por parte de los fondos al momento de su afiliación, precisando que le habían informado que podía pensionarse a los 50 años, que su dinero estaría en una cuenta individual y no en una bolsa común como en el RPMPD, que en caso de fallecer entregarían sus ahorros a su esposo o hijos, que tenía la posibilidad de hacer aportes voluntarios y que sus aportes generarían rendimientos financieros. Aunado a ello, recordó que la demandante admitió que tuvo la oportunidad de hacerle preguntas al asesor de Skandia, que le explicaron en lo que consistía el régimen de transición, aclarando que ella no cumplía con las condiciones para ser beneficiaria y que conoció el contenido del formulario porque los asesores lo leyeron en voz alta. En ese orden, concluyó que la parte actora fundamentó sus pretensiones en la inconformidad con la mesada pensional, no en la falta al deber de información, lo cual no justifica la inobservancia de las normas que prevén los términos y oportunidades para trasladarse entre los regímenes. En cuanto a la pretensión subsidiaria, aseveró que la imputación de responsabilidad requiere que se pruebe la existencia de los elementos propios de la misma, verbigracia, daño, culpa y nexo causal. Señaló que

al haber confesado que le fue brindada la información suficiente, no es posible endilgar responsabilidad alguna a la AFP.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la accionante presentó recurso de apelación argumentando que, se desconocieron los principios constitucionales del trabajo, especialmente, la prevalencia de la realidad sobre las formas y la favorabilidad al afiliado. Aseveró que la A quo incumplió su deber de valoración correcta de las pruebas, puesto que la demandante en el interrogatorio de parte confesó que la información brindada tuvo el objetivo de persuadirla para que efectuara el traslado, demostrando que no recibió la información correcta y suficiente para tomar una decisión consiente sobre el traslado de régimen. Precisó que la demandante manifestó que el asesor del fondo privado le indicó que el ISS iba a desaparecer, pese a que ello no era cierto, así como que omitió decirle los requisitos para alcanzar la pensión a los 50 años y las implicaciones de su decisión, de modo tal que la expresión de esas condiciones por sí solas no bastan para exista una decisión debidamente informada. Explicó que del material probatorio, incluido el interrogatorio de parte de la actora, no se concluye que la AFP haya brindado la información en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, esto es, una información completa, comprensible y a la medida de un afiliado lego. Añadió que no se garantizó que la información brindada produjera un consentimiento informado, porque la demandante desconocía la incidencia de su decisión, los riesgos y las desventajas del RAIS, más aun cuando tampoco se advirtió sobre las oportunidades en las que podría retornar al RPMPD.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por 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 apoderada judicial de la demandante presentó alegaciones de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su turno, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron alegatos en similares términos a los expresados en el libelo introductorio del proceso, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte, la AFP 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 32 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 22 de septiembre 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

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”.

afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES, el 21 de mayo de 2019, el 22 de mayo de 2019 y el 28 de mayo de 2019, respectivamente (fls. 61 a 74), es decir, cuando evidentemente estaba 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 722 semanas cotizadas al ISS, equivalentes a 14 años y 14 días (fls. 164 a 168), 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 1997, según información registrada el formulario de afiliación a PENSIONAR, hoy SKANDIA (fl. 35).

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 SKANDIA 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, contrario a lo estimado por la A quo, 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 (30 de mayo de 1997, Fl. 35), lo del formulario de afiliación, 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 SKANDIA S.A. Advirtiendo, respecto al interrogatorio de parte rendido por la demandante, que si bien es cierto aquella dijo conocer algunos aspectos del RAIS, ello no prueba 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 sensu, el fondo omitió indicarle aspectos como los requisitos para alcanzar el derecho pensional a los 50 años de edad, los riesgos, desventajas e implicaciones del traslado de régimen.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada SKANDIA, antes PENSIONAR, omitió en el momento del traslado de régimen (30 de mayo de 1997, fl. 35), 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 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.

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, 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 aquella 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 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 **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 **SKANDIA S.A. Y 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 la señora **MARIA TERESA CUELLAR DE JIMENEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la **AFP SKANDIA S.A.** el 30 de mayo de 1997; y como consecuencia de ello, **ORDENAR** a **PORVENIR 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,

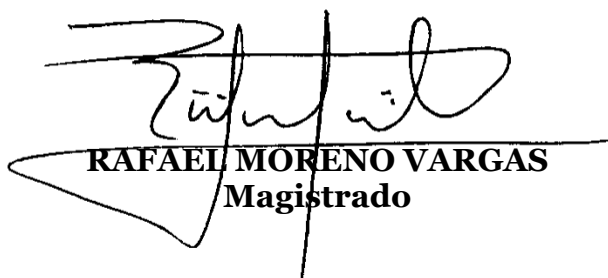
incluidos los gastos de administración, así como los valores de los seguros previsionales, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

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 **SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

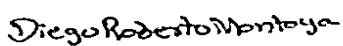
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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 junio de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por YENIFER PAOLA
QUINTERO RODRIGUEZ contra DROGUERÍAS CRUZ VERDE S.A.S.
Rad. 110013105-031-2020-00057-01.**

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 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 09 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **YENIFER PAOLA QUINTERO RODRIGUEZ** a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a DROGUERIAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE SAS a efectuar su reintegro al mismo cargo que desempeñaba o a uno de mayor jerarquía, así mismo se condene al pago de los salarios y aportes a seguridad social dejados de percibir desde el momento de su despido y se declare sin solución de continuidad el contrato de trabajo. Finalmente, se condene al pago de lo Ultra y Extra Petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que trabajó para DROGUERIAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE SAS desde el 23 de febrero de 2015 hasta el 24 de mayo de 2019, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de auxiliar de droguería y farmacia junior 1 y devengando un salario mensual de \$1.307.000 pesos. Señaló que el 24 de mayo de

2019 la demandada le comunicó la terminación del contrato sin justa causa. Explicó que el 06 de marzo de 2017 fue creada la organización sindical denominada Sindicato de Farmaceutas y Farmacias Cruz Verde-SIFATC, a la cual estaba afiliada para el momento del despido. Manifestó que el 15 de noviembre de 2017 la organización SIFATC presentó a la demanda un pliego de peticiones, por lo que una vez finalizada la etapa de arreglo directo, se conformó el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo correspondiente el día 08 de julio de 2019, contra el cual se formuló el recurso extraordinario de anulación que fue rechazado por la Corte Suprema de Justicia el día 13 de noviembre de 2019. Argumentó que al momento en el que se produjo el despido, la accionada estaba en medio de un conflicto colectivo de trabajo, dado que aún no había quedado en firme el laudo arbitral proferido el 08 de julio de 2019 (fls. 2 a 9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad **DROGUERIAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE SAS**, dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el contrato laboral fue finalizado con justa causa, toda vez que según registros filmicos del CCTV y el informe DCR 448 de la Dirección de Control de Riesgos, la demandante incumplió con sus deberes y obligaciones el día 28 de marzo de 2019 al retirarse de su puesto de trabajo en tres oportunidades durante la jornada laboral, dejando cerrado el establecimiento de comercio y sin atención al público por cerca de dos horas, ello sin que mediara autorización alguna. Afirmó que se pudo evidenciar que la actora no portaba el uniforme asignado y que hizo uso de su teléfono móvil dentro de su turno de trabajo, contrariando las políticas y reglamentos de la empresa. Explicó que en la diligencia de descargos, la actora argumentó que sufre de hemorragias a causa de unos miomas, así que se retiró de su lugar de trabajo para ir a otro punto a tomar algún medicamento y al regresar tuvo que ir a comprar ropa interior por el fuerte sangrado que padecía, no obstante, el argumento no fue de recibo dado que la demandante no siguió el conducto regular que era avisar a su jefe inmediato para recibir la autorización del cierre de punto de venta. Arguyó que las circunstancias irregulares presentadas dieron como resultado la terminación del contrato sin justa causa, en virtud del CST y de los artículos 48, 53 y 55 del Reglamento Interno del Trabajo. Aseveró que no es procedente el reintegro de la demandante, por cuanto no se encuentra en ninguna situación de las previstas por el legislador para tal fin, verbigracia, el fuero de salud, el fuero circunstancial, entre otros. Finalmente, señaló que el fuero circunstancial sólo contempla la prohibición de despedir sin justa causa a los trabajadores que se encuentren inmersos en el conflicto colectivo, circunstancia

que no se presentó porque la demandante incurrió en una falta grave que deriva en una justa causa para terminar la relación laboral. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido» y «prescripción» (Exp. Digital: 007. Contestación de demanda Cruz Verde, págs. 3 a 20).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 09 de abril de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas y agencias en derecho a la parte actora.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, indicó que conforme a la carga de la prueba a la parte actora correspondía probar que el contrato fue finalizado por el empleador, siendo aquel quien debe demostrar que la terminación obedeció a una justa causa. En ese sentido resaltó que la carta de terminación del contrato laboral adujo tres justas causas, esto es, que la demandante se ausentó de su puesto de trabajo de manera injustificada, que no portaba la dotación entregada por la empresa y que estaba haciendo uso del celular durante su turno. Manifestó que según el interrogatorio de parte de la actora y los testimonios recaudados, es posible deducir que el 28 de marzo de 2019 la demandante se ausentó del puesto de trabajo durante tres ocasiones, que no portaba el uniforme de la empresa y que estaba manipulando su celular, precisando que pese a que el Señor Henry Flórez aseguró que la demandante sufrió una hemorragia por los miomas que padecía, no se probó tal circunstancia, ni que existiera una restricción médica, aunado a que la demandante aceptó conocer el RIT pero omitió informar a su jefe directa sobre la situación que acaeció. Ahora bien, argumentó que dentro de las sanciones disciplinarias del RIT no está estipulado el despido y que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CST el despido no es sanción disciplinaria salvo que se consagre como tal en el RIT, pactos o convenios colectivos. No obstante, consideró procedente el estudio de los pasos previos al despido, encontrando que la demandante fue citada a la diligencia de descargos en debida forma, que acudió a la misma junto con dos integrantes de la organización sindical y que el acta de exhibición de pruebas da fe de que se solicitó su autorización para exhibir los videos de seguridad, concluyendo que incumplió con sus deberes contractuales. Respecto del fuero circunstancial, señaló que está llamado a cobijar a los trabajadores que presenten un pliego de peticiones, de tal suerte que no es posible efectuar un despido sin justa causa entre la fecha de presentación del pliego de peticiones y la terminación de la negociación colectiva,

garantizando la permanencia de los trabajadores que tengan una buena conducta y cumplan con sus deberes. Por lo anterior, arguyó que pese a que para el momento del despido, la demandada estaba inmersa en un conflicto colectivo, la demandante no era beneficiaria del fuero circunstancial, dado que incumplió con sus deberes, dando paso a una justa causa para terminar el contrato de trabajo.

APELACIÓN

El apoderado judicial de la accionante inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, argumentando que existía un conflicto colectivo dentro de la demandada, tal como lo señaló la A quo y que no medió una justa causa para terminar el contrato de trabajo, toda vez que la diligencia de descargos y la declaración del Señor Camilo Ospina dan cuenta de que la demandante justificó la razón por la que se retiró del sitio de trabajo porque quedó claro que la empresa otorga un tiempo para el refrigerio, el cual fue el utilizado por la demandante para estar fuera de su puesto de trabajo. Recordó que el Señor Ospina manifestó que la actora tenía un problema de salud que era el sangrado, mismo que era tan personal que aquella tuvo que retirarse para ir a comprar sus medicamentos íntimos. Destacó que no se tuvo en cuenta la contestación de la demandante en la diligencia de descargos en la que explicó que no podía usar el uniforme porque se había ensuciado con gaseosa, siendo preferible no usarlo porque se afectaría la imagen de la empresa. Aseguró que el hecho de que la demandante manipulara el celular no es lo mismo que lo usara, pues en los vídeos de seguridad no se evidencia que estuviera realizando llamadas. Finalmente, solicitó que se analicen nuevamente los vídeos, la diligencia de descargos con el fin de realizar una comparación con la carta de terminación del contrato y el RIT, de tal suerte que se concluya que no existió una justa causa para finalizar el contrato.

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 parte actora presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primer grado. A su turno, la accionada presentó alegatos solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

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 verificada entre el empleador DROGUERIAS Y FARMACIAS DE COLOMBIA S.A.S. y la señora YENIFER PAOLA QUINTERO RODRÍGUEZ, 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 temporales el periodo comprendido entre el veintitrés (23) de febrero de 2015 hasta el veinticuatro (24) de mayo de 2019, como quiera que fue aceptado en forma pacífica por las partes, e igualmente según se desprende de la copia del contrato de trabajo (Expediente digital: 007. contestación de demanda cruz verde fls. 21-25), y de la carta de terminación del vínculo laboral (Expediente digital: 001. 11001310503120200005700 ORDINARIO, fls. 23-25 y, 007. contestación de demanda cruz verde fls. 35-37).

Ahora bien, es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7º 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 de comunicado obrante en el expediente digital archivos 001. 11001310503120200005700 ORDINARIO, fls. 23-25 y, 007. Contestación de demanda cruz verde fls. 35-37, con fecha 24 de mayo de 2019, el cual, en su contenido se especificó que la terminación obedecía a lo siguiente:

«Nos referimos a continuación a las graves faltas cometidas por Usted en vigencia del contrato de trabajo, que fueran ventiladas en la diligencia de descargos rendida el día veintiuno (21) de mayo de 2019, la cual damos aquí por reproducida, y donde se evidenció que Usted incumplió sus deberes y obligaciones contractuales adquiridas con la empresa con ocasión de las novedades reportadas por el Departamento de Seguridad en informe DCR 448 donde se pudo evidenciar los siguientes incumplimientos en el desarrollo de sus funciones: (i) el pasado 28 de marzo de 2019 usted se retiró de su puesto de trabajo y cerró el punto de venta en tres oportunidades el punto, la primera vez sobre las 00:07:46 y retornando a la droguería sobre las 00:53:35, por segunda vez 00:54:44 regresando a la 01:56:02 y por tercera vez 01:56:51 retornando a las 01:59:05, lo anterior sin informar a su jefe inmediato (ii) No porta el uniforme de acuerdo con el código de vestimenta adoptado por Cruz Verde. (iii) hace uso del teléfono celular dentro de la jornada laboral.»

Así entonces, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa, alegando que la demandante desconoció los derechos de los usuarios de las droguerías a ser atendidos de manera oportuna y dentro de los horarios establecidos, y que las situaciones ocurridas el 28 de marzo de 2019, no resultaban admisibles pues los clientes en la mayoría de casos, eran personas enfermas o con

familiares enfermos que acuden a los servicios de la farmacia para la recuperación de su estado de salud. Es así que al verificar el abandono del puesto de trabajo sin previo aviso y sin una correcta justificación, así como no portar el uniforme y manipular el celular en horas laborales, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo con justa causa, con base en los artículos 48 literales d, h, j, n; artículo 53 numerales 1, 10, 15, 16, 21, 32; artículo 55 numerales 10, 11, 14 del Reglamento interno del trabajo, así como el artículo 58 numerales 1, 5 y 8 y artículo 62 numeral 6 del CST.

La demandante con miras a probar que fue despedida sin justa causa, arrimó las siguientes pruebas documentales:

- Carta de terminación de contrato de trabajo con justa causa de fecha 24 de mayo de 2019 (Expediente digital: 001. 11001310503120200005700 ORDINARIO, fls. 23-25).
- Copia de auto proferido por la Corte Suprema de Justicia, del 13 de noviembre de 2019, mediante la cual se resolvió el laudo arbitral del 8 de julio de 2019, proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo de trabajo que se suscitó entre el Sindicato de Farmaceutas y Trabajadores de Droguerías y Farmacias Cruz Verde SIFATC y Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S. (Expediente digital: 001. 11001310503120200005700 ORDINARIO, fls. 97-105).
- Continuación acta de acuerdo para la negociación del pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Farmaceutas y Trabajadores de Droguerías y Farmacias Cruz Verde SIFATC a Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S. de veinte (20) de marzo de 2018 (Expediente digital: 001. 11001310503120200005700 ORDINARIO, fls.108-109).
- Acta de prórroga de negociación del pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Farmaceutas y Trabajadores de Droguerías y Farmacias Cruz Verde SIFATC a Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S. del de veintitrés (23) de abril de 2018 (Expediente digital: 001. 11001310503120200005700 ORDINARIO, fls. 110-111).
- Acta de prórroga de negociación del pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Farmaceutas y Trabajadores de Droguerías y Farmacias Cruz Verde SIFATC a Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S. del cuatro (04) de mayo de 2018 (Expediente digital: 001. 11001310503120200005700 ORDINARIO, fls. 112).
- Acta de cierre de negociación del pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Farmaceutas y Trabajadores de Droguerías y Farmacias Cruz

Verde SIFATC a Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S. del once (11) de mayo de 2018 (Expediente digital: 001. 11001310503120200005700 ORDINARIO, fls. 113).

- Laudo arbitral, Tribunal de Arbitramento Obligatorio para dirimir el conflicto colectivo entre la empresa Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S. y la organización sindical denominada Sindicato de Farmaceutas y Trabajadores de Droguerías y Farmacias Cruz Verde SIFATC (Expediente digital: 001. 11001310503120200005700 ORDINARIO, fls. 130-185).

Por su parte, la demandada DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S., allegó las siguientes documentales:

- Carta de terminación de contrato de trabajo con justa causa de fecha 24 de mayo de 2019 (Expediente digital: 007. contestación de demanda cruz verde fls. 35-37).
- Citación a diligencia de descargos del trece (13) de mayo de 2019, haciendo entrega de copia de Investigación DCR 448 y recordando a la demandante que podía asistir a la diligencia con dos miembros de la organización sindical a la que perteneciera (Expediente digital: 007. contestación de demanda cruz verde, fls. 26).
- Acta de exhibición de pruebas del dieciséis (16) de mayo de 2019 (Expediente digital: 007. contestación de demanda cruz verde, fls. 27)
- Comunicación de la Dirección de Control de Riesgos dirigida a Gerencia de Recursos Humanos de la demandada, informando sobre las evidencias fílmicas detectadas el veintiocho (28) de marzo de 2019, entre las 00:00 y las 02:00 (Expediente digital: 007. contestación de demanda cruz verde fls. 28-29).
- Acta de descargos realizada el veintiuno (21) de mayo de 2019, a la demandante YENIFER QUINTERO RODRÍGUEZ, a la cual asistió con los señores HENRY FLOREZ y MAX ROBER MENDEZ (Expediente Digital: 007. contestación de demanda cruz verde, fls. 30-34).
- Reglamento Interno del Trabajo Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S. (Expediente digital: 007. contestación de demanda cruz verde, fls. 48-72).

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

- **INTERROGATORIO DE PARTE REPRESENTANTE LEGAL DE LA DEMANDADA MARIA CLARA GAITAN:** Declaró que conoce que la

demandante estaba afiliada a la organización sindical SIFATC; que para el momento del despido el pliego de negociaciones ya se había negociado, sin recordar cuando terminó con exactitud, que fue alrededor de febrero de 2020; que no tiene la información exacta de cuanto devengaba la demandante para el momento del despido; que cree que el salario era de \$1.129.000; que la empresa tiene un departamento de seguridad liderado por la Ingrid Lasprilla donde se hace el monitoreo como lo exige la ley con relación a la dispensación de alimento.

- La demandante **YENIFER PAOLA QUINTERO**, señaló que para el cargo de auxiliar de farmacia conocía y recibió las inducciones que requería el desarrollo de su cargo, así como el reglamento interno del trabajo, los manuales donde estaban las prohibiciones y obligaciones para con su empleador. En cuanto a los hechos ocurridos el 28 de marzo de 2019, indicó que cumplía el turno de la noche y que sus ausencias obedecieron a que se encontraba indispuesta y que su jefe tenía conocimiento, pero que sin embargo no le avisó que iba a salir por las altas horas de la noche; asimismo, indicó que no se ausentó dos horas ya que una hora correspondía a la hora del Break. Concluyó señalando conocer que la falta cometida era una falta grave.

Igualmente, se recibieron los siguientes testimonios:

- **HENRY FLOREZ PLAZA**, dijo que es ejecutivo senior de Cruz Verde. Declaró que hubo una diligencia de descargos por unas supuestas faltas que la demandante había cometido en el turno de la noche, explicando que él estuvo presente en esos descargos. Preciso que en la diligencia de descargos también acudió otro miembro del sindicato, que por parte de la empresa estuvo María Camila, Camilo y Marcela Valencia que es su coordinador; que recuerda que esa diligencia fue aproximadamente en mayo o junio porque recuerda que hubo un aplazamiento de la diligencia dado que la demandante estuvo incapacitada entre mayo y junio de 2018; que ellos y la misma demandante le dijeron a Marcela para que aplazara esa diligencia; que la empresa y el afiliado avisan sobre la citación a la diligencia de descargos a través de un correo electrónico, explicando que generalmente en ese correo se incluyen los hechos por los cuales se cita, por presuntas violaciones al RIT, esto es, que la demandante había salido de la clínica, que no estaba portando el uniforme de trabajo; que en la diligencia de descargos se le preguntó a la demandante sobre su cargo, sus funciones, sobre el evento de la evasión del trabajo a lo que ella respondió que había salido de

la clínica, que le preguntaron por qué había cerrado la puerta, de forma que la empresa no tuvo en cuenta que de noche se cierra la puerta porque hay habitantes de calle, que la empresa no tuvo en cuenta que los trabajadores tenían un break a media noche, que se puso de presente que ella estaba enferma, que se discutió sobre el horario laboral dentro del cual había una hora de break, que también tuvieron en cuenta que la demandante tuvo una emergencia; que la emergencia consistió en una hemorragia por unos miomas entonces estaba ensuciando, que hubo un compañero que la ayudó, que fueron a un almacén en donde pudieron conseguir ropa interior; en cuanto al uniforme dijo que la demandante argumentó que los zapatos estaban muy gastados y que no tenía toda la dotación, que sólo tenía un juego de dotación para ponerse; que las cámaras fueron utilizadas para inculparla pero la empresa no analizó todo el escenario de que ella estaba enferma, que ella había cumplido con todas sus labores, que homologó todos los medicamentos que venían de cruz verde; que él le manifestó a Marcela que la demandante estaba enferma y que la empresa no tenía un plan de contingencia por si alguien se enfermaba a esas horas, dado que solo había una persona; que ellos siempre hablaban con Marcela y que le reportaron que no estaban completas las dotaciones , precisando que ellos deben tener bata, zapatos y mínimo dos dotaciones, y ella sólo tenía una dotación, aclarando que en el tiempo que duró la relación laboral se le entregaba la dotación pero incompleta porque era solo un juego. Indicó que el pliego de peticiones fue presentado a finales de 2017, que la etapa de arreglo directo comenzó como en marzo de 2018 después de la querella que interpuso porque la empresa dijo que no había recibido todo el pliego, que la etapa de arreglo directo comprendió veinte días, más otros veinte, que inmediatamente después se convocó el tribunal de arbitramento como en junio julio, que se integró el tribunal, el cual falló aproximadamente en junio o julio de 2019 y después se envió a la Corte por el recurso, que a finales de 2019 la Corte decidió. Explicó que en el Country hay dos puertas, una que da a la calle y otra que lleva al interior de la clínica, entonces ellos generalmente no toman el break, pero que tomaban el descanso aproximadamente a la misma hora que los trabajadores de la clínica. Que él lo que recuerda de la dotación es que le preguntaron a la demandante y ella dijo que sólo le habían entregado dotación cuando había llegado a la empresa; que ellos como organización sindical manifestaron que no habían otorgado la dotación completa; que la empresa no conocía que los trabajadores tomaban un break, que vulneró el principio de inmediatez porque el hecho ocurrió y se le llamó como dos meses después, que se le

estaba vulnerando el principio de inocencia porque en la carta le estaban diciendo que porque hizo esto, que porque salió, que porque se enfermó, que ella nunca perjudicó a la empresa como de pronto sí sucede con otras faltas, que ellos se cuestionaron sobre porque la empresa no fue más suave con ella si ella estaba enferma; que para llamar a la diligencia de descargos sí se siguió un protocolo formal pero no se respetaron los tiempos, sino que hubo aplazamientos.

- **MARIA CAMILA SEGURA:** Manifestó que es analista senior del departamento de relaciones laborales en Droguerías Cruz Verde; que ella realizó la diligencia de descargos de la demandante porque fue a quien la asignaron el proceso disciplinario; que en la diligencia de descargos inicia con una investigación de la Dirección de Seguridad de la compañía donde les comunicaba que debían iniciar las acciones pertinentes para saber a fondo las situaciones que estaban en el informe de seguridad, así que la dirección de relaciones inició todo el proceso disciplinario, citando a la trabajadora, realizando el traslado de cada una de las pruebas para que ella con el sindicato se pudieran manifestar sobre los hechos de la diligencia de descargos, que le preguntaron de lo general a lo particular sobre el abandono del puesto de trabajo, el no porte del uniforme y el uso del celular, que se le permitió el uso de la palabra a la organización sindical, que luego de analizadas las pruebas la empresa logró comprobar las faltas cometidas por la demandante; que la diligencia de descargos se realizó en mayo de 2019 y fue citada ese mismo mes; que los hechos ocurrieron el 28 de marzo de 2019; que el informe de seguridad fue presentado en abril de 2019; que a los trabajadores les entregan un par de zapatos, una chaqueta, dos pantalones y dos blusas o batas, que todo ello fue entregado a la demandante luego de que culminó el periodo de prueba, aclarando que la demandante laboró allí desde el 2015 y durante ese tiempo se le entregó la dotación de acuerdo a lo que se establece. Que en la diligencia de descargos se hizo un traslado de las pruebas incluidos los videos de seguridad, tal como consta en el acta de traslado de pruebas; que en los descargos la demandante precisó porque no estaba usando el uniforme, porque había abandonado su puesto de trabajo y se hizo el traslado de los videos; que la demandante reconoció que al puesto de trabajo entró otra persona que era Leonardo Mojica, un auxiliar que tampoco portaba su uniforme y que pertenecía a un punto cercano al de la demandante, para lo que se requería la autorización del superior; que para la fecha de los hechos la demandante sí tenía dotación y que nunca presentó inconformidad alguna; que ella vio el

video dentro de las horas del turno de la demandante y que por eso, sabe que la trabajadora llegó sin uniforme, explicando que la demandante manifestó que sacó el uniforme del locker para colocárselo; que en ningún momento del vídeo la demandante se ve con uniforme; que la actora dijo que se había retirado del cargo porque se había manchado, entonces salió a altas horas de la noche a comprar ropa interior; que aquella no solicitó autorización para ausentarse tal como ella lo dijo en los descargos; que ese día termino su jornada laboral normal, que se ausentó y regresó al punto; que en momento no existía recomendación ni restricción medica acerca de lo que la demandante manifestó; que se observa del vídeo de seguridad que la demandante esta en ropa particular con su teléfono celular, que se ausenta de su puesto de trabajo, que regresa y es cuando ingresa Leonardo Mojica, saliendo juntos de la droguería; que la demandante no podía hacer uso del celular porque en Cruz Verde existe una política que prohíbe el uso de celular en la jornada laboral, salvo si cuenta con la autorización de su jefe inmediato; que en los descargos la demandante manifestó que era madre por lo que debía estar pendiente de sus hijas, pero que no contaba con la autorización. Que la demandante laboraba en Cruz Verde Country Urgencias; que los trabajadores tienen 15 minutos de break pero no sabe cómo se maneja eso en los puntos nocturnos; que el video de seguridad fue trasladado a la demandante antes de la diligencia de descargos y se dejó un acta como constancia, que estuvo acompañada de Max Robert (un miembro del sindicato) para observar los vídeos.

- **INGRID MARITZA LASPRILLA:** Adujo ser la directora de control de riesgos de Cruz Verde; que ella no conoce a la demandante, que solo conoce el informe de investigación que pasó a recursos humanos con ocasión a algunas irregularidades detectadas el 28 de marzo de 2019, en el cual informó que la demandante salió de la droguería al parecer sin justificación; que ese informe se remitió el 23 de abril de 2019, explicando que transcurrieron casi 25 días desde el día del hecho y el informe porque las novedades que se presentan en el área a su cargo son permanentes, que tienen un cumulo de casos constante, lo que requiere hacer una descarga de videos, lo que significa enviar una persona al punto a descargar el vídeo y posteriormente se debe hacer un análisis para verificar que la información inicial corresponde a una irregularidad, que son más de 3 mil trabajadores y en el día se presentan 2 o 3 eventos así que tienen cumulo de trabajo importante, por eso hasta ese momento presentaron el informe; que observo en el video es que la demandante estaba sentada utilizando el

celular, que hizo el cierre de caja y que al llegar una persona sale con ella por alrededor de una hora de la droguería, que esta vestida de particular, que retorna a la droguería por un corto tiempo para quitar el pendón y sale otra hora de la droguería, explicando que esa otra persona era un hombre también vestido de particular; que la demandante tuvo la misma ropa durante todo ese tiempo, que era el jean y la bata blanca; que cuando la demandante ingresó no recuerda haber visto que trajera algo en las manos. Que todos los trabajadores saben que están siendo monitoreados porque se les informa en las capacitaciones, la política está en la página de la empresa, incluso se suscribió un acuerdo de manejo de datos personales y que había un letrero en la droguería que indicaba que estaba siendo monitorizada; que a los trabajadores se les explica que cada droguería es monitoreada, que tiene alarmas, el funcionamiento de las alarmas de pánico; que la demandante salió de la droguería sin advertir ninguna situación de pánico, ni justificar nada. Que sí conoce el lugar de trabajo de la demandante, describiendo que queda frente a la Clínica Country en la unidad de oncología, en la localidad de chapinero alto; que cuando tiene un informe se lo presenta a la dirección de recursos humanos, quien toma la decisión.

- **CAMILO ANDRES OSPINA:** Indicó que es subdirector de zona de Droguerías y Farmacias Cruz Verde desde el 08 de febrero de 2018; que conoce a la demandante porque trabajó en uno de los puntos que tiene a su cargo; que conoce que la demandante dejó de trabajar en la empresa a raíz de un proceso disciplinario, que fue una terminación con justa causa. Explicó que a él le asignaron el punto de venta donde la demandante trabajaba aproximadamente en mayo de 2019 y al recibirlo preguntó las novedades del punto (como es costumbre), por lo que le dijeron que había un proceso disciplinario en curso contra la demandante, a raíz de un informe que realizó la Dirección de Control de Riesgos de Cruz Verde; que el informe tenía algunas fotos y vídeos dentro de los cuales evidenció que dentro de las horas del reporte (12:07; 12:53; 01:59) se observa a la demandante saliendo de la droguería en la primera hora, en la segunda hora ingresa a la Droguería por un momento y vuelve a salir, en la ultima hora ingresó nuevamente; que la demandante portaba ropa particular pero no recuerda cual exactamente; dijo que no recuerda si la demandante llevaba algo en las manos al ingresar a la droguería; que además observó que hacia las 12:57 ingresó con otro compañero de la Droguería y que la demandante estaba haciendo uso de su celular; que el proceso disciplinario inicia con la citación a descargos, explicando que él como líder del punto está citado al

proceso por si se requiere alguna precisión, por eso acompañó y conoció el proceso disciplinario; que esa citación a descargos estaba acompañada del informe de investigación expedida por la Dirección de Control de Riesgos; que en la citación se relacionan los presuntos incumplimientos del trabajador a los reglamentos; que en el proceso se hace el traslado de la investigación para que la demandante pudiera preparar su defensa y recaudar sus pruebas, precisando que la dirección de relaciones laborales, le envió la citación a diligencia de descargos y él notificó a la demandada; que dentro de la empresa hay un cargo específico que regula el tema de los uniformes, que se llama analista senior de beneficios, siendo esa persona quien emite el cronograma de entrega de dotación, tres veces al año, cada entrega incluye camisa, zapatos, pantalón y una chaqueta. Respecto del uniforme de la demandante, indicó que aquella informó que tenía el uniforme en el locker con una gaseosa y al tratar de retirar el uniforme del locker se le había regado en la ropa, por eso no pudo portarlo, no obstante, adujo que no hay prueba de que eso haya sido así. Que la demandante respondió que se había retirado del punto a tomar su break para tomar un refrigerio que da la Clínica Country a los funcionarios del turno nocturno, además dijo que tuvo un accidente que había hecho que se tuviera que retirar para comprar ropa interior. Expuso que a media noche la Clínica Country otorga un refrigerio a los funcionarios incluyendo a quienes trabajan en Cruz Verde, que disponen de 15 minutos o máximo 30 minutos. Que también se evidenció que la demandante estaba manipulando el celular, lo cual está prohibido para los trabajadores de Cruz Verde; que se observó que ese día de los hechos entró al punto un funcionario de otro punto de la empresa, lo que sucedió sin autorización; que la demandante no comunicó a la administradora del punto, tal como aquella lo admitió en la diligencia de descargos; que la demandante terminó su turno de forma normal a las 6 am; que no tiene conocimiento de si al día siguiente la demandante fue incapacitada; que se surtió todo el proceso para el proceso disciplinario; que a la diligencia de descargos fueron Luis Henry Plazas y Max Robert Méndez, ambos miembros del sindicato. Que la última vez que vio el video de la demandante fue en mayo de 2019; que los trabajadores deben llegar al turno vestido de particular y luego se ponen el uniforme que está en el locker.

Revisado el elenco probatorio, sin hesitación alguna puede afirmarse que en la terminación del contrato de trabajo de la actora medió justa causa, como quiera

que se acreditó en el juicio que esta incumplió con sus obligaciones, constituyéndose en falta grave para dar por terminado el contrato de trabajo.

Aunado lo anterior, para esta Sala hay varios puntos a tomar en cuenta para confirmar esta decisión, el primero de estos serían las manifestaciones de la misma demandante tanto en la diligencia de descargos como en el interrogatorio de parte rendido, donde aceptó haberse ausentado de su puesto de trabajo sin autorización o previo aviso a sus superiores; asimismo, de las múltiples pruebas expuestas en precedencia, se pudo evidenciar que la actora se encontraba debidamente capacitada para cumplir con sus funciones y que tenía conocimiento de sus obligaciones, tales como no abandonar su puesto de trabajo, el uso correcto del uniforme y la prohibición del uso del celular en horas laborales.

Es un hecho acreditado entonces, de acuerdo con las pruebas antes reseñadas, que como lo concluyó el Juzgado, en el juicio se demostró que la demandante incurrió en un proceder irregular en el desempeño de sus funciones, lo cual constituye falta grave que no puede calificarse de otra forma distinta a como lo hizo la empresa demandada al desvincularla 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 DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S., sí efectuó las debidas investigaciones y citó a la demandante a diligencia de descargos, a fin de respetar su derecho al debido proceso.

Así entonces, en las situaciones y con las circunstancias 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 la demandante, se soportó en causales legalmente establecidas como justas.

Aunado a lo anterior, para que la trabajadora se haga acreedora de la protección legal y sea merecedora 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.

Finalmente, en cuanto a la petición de la parte actora de revisar los videos arrimados al plenario referentes a lo ocurrido la noche del 28 de marzo de 2019, esta Sala luego de intentar reproducir el archivo con múltiples equipos, de intentar darle formato a los videos, e incluso de intentar instalar el aplicativo para su revisión, no le fue posible, tratándose de un archivo de formato desconocido; no obstante lo anterior, es importante aclararle al abogado que del cumulo de pruebas allegadas por las partes y de los interrogatorios y testimonios recepcionados, se pudo determinar palmariamente que la actora fue despedida con ocasión a justas causas, sin que encuentre esta Corporación la necesidad de analizar los archivos de las cámaras de circuito cerrado de televisión, máxime si se tiene en cuenta que la misma demandante, confesó en su interrogatorio el haber abandonado su lugar de trabajo y no portar el uniforme de la farmacia. En cuanto a la manifestación del apoderado de la actora, referente a que no existió manipulación del celular ya que no se le vio realizando llamadas, esta disculpa tampoco es de recibo para esta Sala de Decisión, toda vez que resulta evidente y claro que no se requiere que una persona realice llamadas telefónicas, para entender que ha manipulado su teléfono móvil, pues la manipulación del aparato no sigue únicamente la realización de llamadas de voz, pues es claro que hoy día existen múltiples mecanismos de comunicación y de distracción a través de un teléfono celular, diferentes a la realización de llamadas.

- FUERO CIRCUNSTANCIAL

Se tiene que el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, establece lo siguiente en cuanto al fuero circunstancial:

ARTÍCULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS.

Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.

En virtud de lo anterior, el trabajador no podrá ser despedido sin justa causa probada, durante la vigencia del arreglo del conflicto colectivo. Al respecto, la sentencia SL 3317 de 2019, Magistrada Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, señaló:

“Como se puede observar, el fuero circunstancial es la garantía de que gozan los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a no ser despedidos sin justa causa, entre la fecha de presentación del pliego de peticiones y la terminación de la negociación colectiva.

Esta protección es esencial para la libertad sindical, ya que evita que los afiliados a un sindicato sean despedidos selectivamente con ocasión de un conflicto colectivo y, por esa vía, se diluya el movimiento sindical. Por otro lado, les permite a los trabajadores plantear reivindicaciones laborales sin temor a ser despedidos. En tal sentido, el fuero circunstancial sienta las bases para que los interlocutores sociales entablen diálogos constructivos frente a las condiciones laborales y de empleo en la empresa, sin temor a represalias. Ahora bien, el fuero circunstancial garantiza la continuidad laboral en la empresa, a condición de que el beneficiario del mismo observe buena conducta y cumpla sus obligaciones laborales, es decir, que se comporte como un buen trabajador. Por consiguiente, si incurre en una justa causa de despido, la protección no opera, independientemente que esta haya ocurrido antes o después de la presentación del pliego de peticiones”.

Se encuentra demostrado que el contrato de trabajo suscrito entre las partes finalizó el 24 de mayo de 2019, con justa causa por el incumplimiento de la demandante de sus obligaciones en el desempeño del vínculo. Acorde con lo anterior, encuentra esta Corporación, que la causa de finiquito del vínculo laboral no obedeció a una represalia en contra de la trabajadora, con ocasión del conflicto colectivo suscitado entre el Sindicato de Farmaceutas y Trabajadores de Droguerías y Farmacias Cruz Verde SIFATC a Droguerías y Farmacias Cruz Verde S.A.S., sino en virtud de una justa causa para finalizar la relación laboral.

De esta manera, no es posible acceder a las solicitudes de la parte demandante, pues se encuentra plenamente demostrado que la señora YENIFER PAOLA QUINTERO RODRÍGUEZ, fue despedida con ocasión de justa causa demostrada. 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,

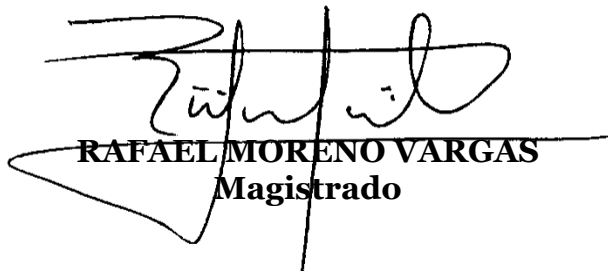
RESUELVE:

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

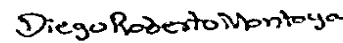
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CONCEPCIÓN MARIANY MONROY contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-003-2019-00748-01.

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 los recursos de apelación interpuestos por las accionadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de diciembre de 2020. Del mismo modo, se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **CONCEPCIÓN MARIANY MONROY**, pretende que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, según se demuestre, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, por lo que resultan nulas o ineficaces sus afiliaciones a los demás fondos privados; que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPMPD, administrado actualmente por COLPENSIONES advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al RAIS no puede producir efectos, al no haberse realizado en forma libre y espontánea. Que se ordene a los fondos privados demandados la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración; se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la parte demandante y a recibir dichos los aportes y rendimientos, actualizando y corrigiendo su historia laboral. Se condene a los fondos privados demandados, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales

causados a la parte demandante, los cuales estimó en 200 SMLMV o la suma que el juez considere. Además de la condena en costas a todas las entidades demandadas.

A su vez, como pretensiones subsidiarias, solicitó que se declare como inexistente el acto por medio del se trasladó del RPMPD al RAIS, por lo que resultan INEXISTENTES las afiliaciones a los fondos privados demandados. Se declare que para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad en la afiliación. Se ordene a los fondos privados demandados, la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración y ordenar a COLPENSIONES reactivar la afiliación y recibir los aportes y rendimientos devueltos por los fondos privados demandados; y finalmente actualizar y corregir su historia laboral de la parte demandante. Se condene a los fondos privados demandados, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estimó en 200 SMLMV o la suma que el juez considere. Además de la condena en costas a todas las entidades demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 23 de septiembre de 1965; se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el año 1987 hasta 1995; el 24 de junio de 1994, que escribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A., precisó que el promotor encargado de la afiliación no contaba con formación profesional o capacitación adecuada que le permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente, para tomar la decisión de trasladarse, resaltó que no le advirtieron de las riesgos que existían, como tampoco le explicaron las distintas modalidades de la pensión, o cómo funcionaba financieramente el fondo, en la misma medida aseveró que omitieron informarle qué era un bono pensional, y su derecho al retracto; por el contrario le afirmaron que su condiciona pensional sería mucho más ventajosa, que el ISS desaparecería, que le convenía trasladarse porque tendría un mejor monto pensional; por lo anterior, resaltó que su consentimiento estuvo viciado, motivo por el cual su decisión adolece de nulidad absoluta; anotó que presentó ante COLPENSIONES solicitud para que se aceptara la nulidad de la afiliación, petición que fue resulta de manera negativa; concluyendo que la falsa expectativa creada por los asesores del fondo privado y la incertidumbre sobre su ingreso le ha causado impacto emocional, al no tener asegurado un ingreso acorde a su calidad de vida (fls. 3 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **PORVENIR** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por el contrario solicitó se absuelva de todas y cada una de ellas; para el

efecto argumentó que la demandante realizó el traslado de forma libre, espontanea e informada, toda vez que recibió asesoría de manera verbal; aseveró que si lo que arguye la accionante e la existencia de un vicio del consentimiento, le compete acreditar los supuestos en los que se funda, así las cosas señaló que conforme a los documentos aportados no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Agregó que la demandante debió indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado, y que no puede descargarse totalmente el deber de informar en las administradoras de pensiones recayendo también en los afiliados como consumidores financieros. Como excepciones de fondo, formuló 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. 65 a 89).

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que la señora **CONCEPCIÓN MARIANY MONROY** se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Así mismo manifestó que no demostró la existencia de vicios del consentimiento que afectaran su decisión libre y voluntaria al efectuar los traslados horizontales, encontrándose válidamente afiliado a la AFP PORVENIR; abonado a ello, se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 de 2003; que tal situación contraviene el principio de sostenibilidad financiera, generando una descapitalización en el fondo común. Formuló como excepciones de fondo las de «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la Constitución Política)», «buena fe de COLPENSIONES», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción» e «innominada o genérica» (CD Fl. 181).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a PORVENIR realizado el 24 de junio de 1994, con efectividad a partir de 1º de julio de la misma anualidad, para entenderla vinculada a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales, junto con los

rendimientos financieros, e intereses causados, sin descuento alguno; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros efectuados por PORVENIR para que se proceda a activar la afiliación como si nunca se hubiese trasladado de régimen, así mismo se actualice la información de la historia laboral en semanas de tiempo cotizado.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó la diligencia debida en torno al deber de información por parte de las AFP, se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada; no siendo suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación; correspondiendo a las administradoras de fondos de pensiones, allegar prueba, sobre los datos proporcionados a los afiliados, brindando información comprensible que le permitiera entender e interpretar la información. Señaló que desde la época de la fundación las AFP, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente, acerca de las características de uno y otro régimen pensional, logrando adquirir un juicio claro de las mejores opciones del mercado; puntualizó que el único medio de prueba allegado, como lo es el formulario de afiliación, no era suficiente prueba para establecer que ese traslado, se dio de manera informada, ajustada a los parámetros de libertad informada, precedida de información clara comprensible y suficiente, sobre las condiciones de su decisión, teniendo elementos de juicios suficientes para entender la decisión adoptada, encontrándose o no la persona en transición, advirtiéndose que del interrogatorio presentado no podía extraerse nada en su propia contra. Todo lo anterior, de conformidad con el presente vertical de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, que incluso en sede de tutela han amparado la ineficacia frente a decisiones en contrario de este tribunal. En cuanto a la excepción de prescripción, resaltó que la finalidad de la declaratoria de la ineficacia del traslado, es el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la cual se tiene como imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., apeló la decisión solicitando sea revocada en su integridad y en consecuencia se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra; arguyendo que, en los términos del literal b del artículo 13 y el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen sólo se reputa de los casos en que se realizó la vinculación precedida de algún tipo de manifestación errónea de la voluntad del afiliado, es decir, que no pudo o no tuvo la oportunidad de expresarse de manera clara y sin ningún tipo de presión, por lo que tendría que haberse acreditado dentro del presente proceso cuál fue la circunstancia causante de alguna restricción o de algún tipo de hostigamiento o situación que le hubiere podido impedir a la actora manifestar de manera clara su voluntad de vincularse a algún tipo de régimen pensional. Seguidamente, indicó que para la fecha en que se realizó el traslado en el mes de julio de

1994, cumplió con el deber de información y la carga que estaban en su cabeza para esa oportunidad, pues no se exigía ni se decía qué tipo de información debía otorgarse salvo el formulario de afiliación, por lo que con la suscripción del mismo se acredita la existencia del negocio jurídico y la información exigida. De igual modo indicó que conforme a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe encontrarse acreditado el perjuicio causado con el traslado de régimen pensional, precisando en el caso concreto no se demostró máxime cuando la actora no es beneficiaria del régimen de transición. Aunado a que el traslado de régimen por sí mismo, no genera una situación inconveniente, ni desmejora o frustra el derecho pensional, pues le corresponde al afiliado mantener un tipo específico de cotización y haciéndolo con un flujo determinado de sus cotizaciones, de modo que el cambio lo que conlleva es modificación en la manera de liquidar la pensión. Así mismo, manifestó su inconformidad con la devolución de los gastos de administración, puesto que ellos han remunerado la gestión profesional de PORVENIR con la finalidad de generar rendimientos financieros, de igual manera, ha mantenido cubiertos los riesgos de invalidez y muerte, de modo que tal devolución generaría en favor de la demandante un enriquecimiento sin causa, habida cuenta que esos gastos también son descontados de encontrarse vinculada al RPMPD, de ahí que, no se cumpliría con lo relacionado con las restituciones mutuas. De igual modo, si se devuelven tales gastos de administración, la actora debería devolver los rendimientos financieros pues sin aquellos no habría manera de generarlos. En ese sentido, al prosperar lo anterior también debe absolverse de la condena en costas.

A su turno, el apoderado judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, solicitando sea revocada en su totalidad; argumentando para tal efecto, con relación al principio de sostenibilidad financiera que no se hizo alusión al mismo, siendo ese el núcleo de su defensa, de modo que estuvo sesgada la decisión. Que si bien se hace referencia a que no existe tarifa legal y la libertad probatoria, existe una contradicción en el fallo, por cuanto sí hubo libertad probatoria y fue sustentada en su momento, tan es así que se allegaron los medios documentales pertinentes y se hizo el interrogatorio de parte, colindante con el criterio expresado en torno a que la actora dentro de su interrogatorio no hizo enunciación o no hizo características que cumplan con el interrogatorio de parte, con lo cual discrepa, dado que esto se debe confrontar es con las contestaciones de la demanda, donde COLPENSIONES hizo manifestaciones respecto a que no existen circunstancias que invaliden el negocio jurídico, primero, porque se habló de sostenibilidad financiera, segundo, frente a las actividades propios del mismo afiliado demandante y esta característica no se tuvo en cuenta. Precizando que la demandante aludió a su propia torpeza en beneficio propio, pues hacer manifestaciones de que era muy joven no es eximente de responsabilidad alguna, pudiéndose ver que se trata de una persona que poco o nada le interesaba su situación pensional. Que otra contradicción del Despacho versó sobre las simulaciones pensionales realizadas, pero que ello no tiene lógica al haberse la

prueba documental al respecto, pues la cuestión se limitaba al momento del traslado, siendo el móvil de la demandante que el ISS se iba a acabar, lo cual no era cierto para esa época. De igual modo, indicó que no se podía ser obligatorio por lo que alguien no recuerda, debiéndose ser vehemente de si le dijeron o no de manera tajante, siendo allí donde debían entrar las diferentes cargas probatorias, teniendo que demostrar, pero que el Despacho se relevó de hacer, precisando que las sentencias de tutela referidas nada tienen que ver con el caso concreto, pues los efectos de estas son interpartes, no darle efectos erga omnes. Señalando igualmente que en virtud del imperio de la ley podía apartarse del criterio jurisprudencial, no siendo de obligatorio e imperativo cumplimiento. De modo pues que no se hizo ninguna sustentación del principio de sostenibilidad financiera. Por último, solicitó con relación a la condena en costas que no había lugar su imposición por la suma de \$1.000.000, pues no tuvo nada que ver en la injerencia del traslado de la demandante, no podía saltarse la Ley una vez solicitó el traslado, a pesar de que existe una prohibición legal, por lo que es ilógico que se le condene en costas por un cumplir un deber legal, de modo que no hay motivación para ser condenada en costas.

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, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada; la parte actora solicitó que sea confirmada la sentencia 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 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 16 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 23 de septiembre de 1965, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevadas ante COLPENSIONES el 23 de agosto de 2019 (Fls. 31-31), 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 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 9,43 semanas de cotización (fls. 53 a 55), 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 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 1994 (Fl. 17), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la PORVENIR S.A.

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”.

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 íntegra 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 PORVENIR 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. 17) plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR 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 PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen el 24 de junio de 1994 (fl. 17), 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 del actor, 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 así como del valor de las primas de 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).

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.

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación 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.

Sobre el particular, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* (CSJ SL2877 de 2020).

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.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, 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 en estricto sentido las AFP recurrentes, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirma la decisión en este aparte de la sentencia.

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,

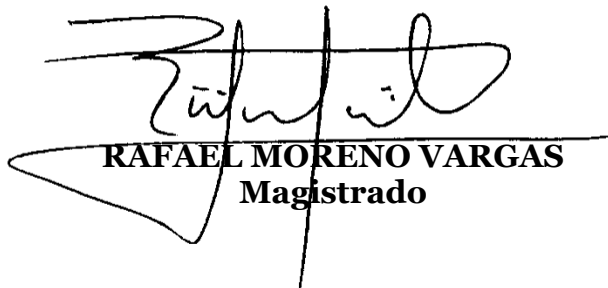
RESUELVE

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

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 junio de dos mil veintiuno (2021)

**Proceso ordinario laboral de CARLOS ALBERTO FAJARDO BUITRAGO
contra ETB S.A. ESP, Rad. 110013105-003-2018-00644-01.**

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, 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 revisar en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante, la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de enero de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS ALBERTO FAJARDO BUITRAGO**, promovió demanda ordinaria laboral, principalmente con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A. ESP -ETP, desarrollado entre el 17 de febrero de 1998 y el 20 de junio de 2014, el cual terminó sin justa causa. Se declare que la adición y modificación del contrato en diciembre de 2008 carece de validez en lo pertinente a la renuncia de los beneficios convencionales. Que tiene derecho a beneficios, prestaciones y salarios convencionales, los cuales dejó de recibir desde 2008, por ende, se le adeudan diferencias salariales y prestacionales; así como que tiene derecho a una pensión sanción, con la primera mesada pensional actualizada, incrementos anuales, junto al pago de las mesadas pensionales de junio y diciembre. Se declare igualmente, la ineficacia de su despido por violación del Protocolo de San Salvador en aplicación de la condición más beneficiosa.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al reconocimiento y pago de la sanción pensión proporcional en los términos de la Ley 171 de 1961; al pago de los incrementos salariales y prestacionales, así como las diferencias de carácter convencional. A readmitirlo en el cargo que venía desempeñando cuando fue despedido sin justa causa, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y convencionales dejadas de percibir. Todo debidamente indexado, lo ultra y extra petita, más costas del proceso.

Como declaraciones y condenas subsidiarias, solicitó se declare que la compensación variable y la prima técnica son factores salariales y que no ha recibido la totalidad de las prestaciones sociales y salarios en la liquidación y pago de las mismas, en consecuencia, no ha recibido la totalidad de la indemnización por despido sin justa causa. Por lo anterior, se condene al pago de la compensación variable y prima técnica, la reliquidación de todas las prestaciones sociales, legales y extralegales, causadas durante todo el tiempo de servicio, la reliquidación de la indemnización por despido, cesantías y demás prestaciones legales. La indemnización moratoria, costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que ingresó a prestar sus servicios a la demandada el 17 de febrero de 1998, en el cargo de Profesional II; posteriormente, ascendió en su orden, a los cargos de Profesional II, III, IV y finalmente ocupando el cargo de Profesional Especializado I hasta el 20 de junio de 2014. De otro lado, en la empresa demandada existió la organización sindical mayoritaria denominada Sintrateléfonos, por lo que la entidad le descontaba a más de la tercera parte de su personal las cuotas ordinarias por concepto de miembro de Sintrateléfonos, durante el periodo del 2008 al 2014; entre la demandada y el sindicato se suscribieron convenciones colectivas de trabajo, durante toda la vigencia de su relación laboral, pactándose en dichas convenciones beneficios salariales y convencionales; sin embargo, tales beneficios apenas se le reconocieron y pagaron durante el tramo relacional anterior a diciembre de 2008, lo cual, le generó un menoscabo de sus ingresos salariales y prestacionales. Que si bien los diversos cargos, los prestó sin queja, la demandada le terminó unilateralmente la vinculación laboral, a partir del 20 de junio de 2014 y sin pagarle íntegramente las prestaciones sociales, legales y convencionales, tampoco le hicieron entrega de los soportes de los parafiscales, correspondientes a los últimos tres meses de su relación laboral ni le expedieron el certificado médico, una vez finalizada la relación laboral (Fls. 33 a 50).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **EMPRESA DE Teléfonos de Bogotá -ETB S.A. E.S.P.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando por la naturaleza jurídica de una empresa de servicios públicos mixta sus trabajadores de la misma están cobijados bajo el régimen laboral del trabajador particular, esto es el CST. Que la decisión por terminar el contrato de trabajo unilateralmente se dio ajustado a preceptos constitucionales y legales, se dio en desarrollo de la condición resolutoria tácita que cobija todo contrato, sin que haya habido motivaciones de índoles subjetivas que promovieran la decisión. Precizando, el Protocolo de San Salvador, en materia de los DESC contempló para los casos de despido sin justa causa, el derecho del trabajador por obtener una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional. Situación que cobija el presente asunto ya que al demandante se le pagó la indemnización establecida legalmente, rubro que ascendió a \$66.672.277, indemnización que comprende el daño emergente y lucro cesante. Con relación a la solicitud de ineficacia del despido, sostuvo, carece de todo fundamento jurídico ya que esta empresa ha cumplido con dicho deber legal, hasta la terminación del contrato de trabajo y por consiguiente, como tampoco lugar a indemnización moratoria por falta de pago de aportes. Respecto al reconocimiento y pago de la pensión sanción no es viable ya que el solicitante no cumplió con los requisitos legales para acceder a la misma, tales como la existencia de una omisión de parte del empleador a su deber de afiliación al trabajador al Sistema General de Pensiones, que el trabajador haya prestado sus servicios al mismo empleador por más de 10 años y no haber mediado justa causa al momento de la terminación del contrato y tener el trabajador la edad de 60 años a la fecha del despido. Finalmente, precisó respecto a los beneficios convencionales que darían lugar a reliquidaciones de acuerdo a la solicitud del actor, que el mismo nunca perteneció a cualquiera de las organizaciones sindicales fundadas en la empresa, como quiera que su contrato de trabajo estaba enmarcado dentro de los de manejo, dirección y confianza, por tanto, no era beneficiario de las prerrogativas convencionales y sindicales. Adicionalmente, todo el régimen salarial y prestacional se pactó expresamente en el contrato de trabajo, como lo fue su exclusión de los beneficios convencionales. Aunado a ello, sostuvo que, en la recopilación de convenciones colectivas del trabajo realizada en 1994, se estipuló que la convención se aplicaría a aquellos trabajadores que no fuesen afiliados pero si beneficiarios por extensión y al efecto deberán aportar cuota a la organización en igual proporción que los afiliados a menos que se renunciara expresamente a los beneficios. Como excepción previa, propuso la de «Prescripción»; y como perentorias propuso las de

«inexistencia de las obligaciones dinerarias demandadas», «inexistencia de la obligación de pagar indemnización moratoria, indexación, perjuicios o costas procesales», «falta de supuestos fácticos y probatorios que soporten las pretensiones de la demanda», «ausencia de causa», «falta de supuestos fácticos y probatorios que soporten las pretensiones de la demanda», «pago», «compensación» y «genérica. Aquella que parezca probada» (Fls.53 a 69).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 18 de enero de 2021, el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo que inició el 17 de febrero de 1998 hasta el 20 de junio de 2014, por decisión unilateral y sin justa causa del empleador. Declaró como probada la excepción de *inexistencia de las obligaciones reclamadas*; así mismo, declaró como probada parcialmente la excepción de *prescripción* interpuestas por la demandada; en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que teniendo en cuenta que a partir del año 2000, la empresa pasó a ser una empresa de servicios públicos mixtos; el estatuto sociales de la ETB establece su naturaleza jurídica como comercial por acciones, constituida como una empresa servicios públicos de carácter mixto, por cuanto se trata de un empresa en cuyo capital la nación, las entidades territoriales, las entidades descentralizadas, tienen aportes iguales o superiores al 50%, modo que hace sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil, lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y Ley 1341 de 2009, por tanto, en el régimen laboral corresponde a las normas contenidas en el CST. Clarificado lo anterior, consideró el Despacho, que hay una indebida acumulación de pretensiones puesto que, desconoció conocer entre pretensiones principales primeras y pretensiones principales segundas, además, solicitó el pago de una pensión sanción cuya naturaleza estaría a cargo del empleador y a su vez, requirió el reintegro del trabajador al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido junto con el pago de los aportes a pensión que se hubieren dejado de realizar por el periodo en que estuvo desvinculado, estas peticiones eran excluyentes entre sí, por pedir una pensión sanción y a su vez, condenar al pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión con un reintegro. Pese a lo anterior, sostuvo que en casos como estos, es al Juez a quien le corresponde dilucidar en el fondo que es lo que persigue el trabajador y cuál es la pretensión que realmente está buscando, por ser la más conveniente, independiente de la deficiencia que pueda contener el escrito de la demanda.

En ese sentido, sostuvo que, al haberse dividido las pretensiones en principales primeras y principales segundas, así como en un acápite subsidiario, encontrando que en las pretensiones denominadas como principales se encontró un mayor énfasis por parte del actor, lo cual reflejaba una mayor importancia para el mismo; de modo que respecto de las pretensiones principales segundas y subsidiarias dispuso que serían estudiadas como subsidiarias en el evento que las principales no prosperasen.

De otro lado, señaló que al tener la ETB una participación mayoritaria pública, necesariamente el demandante tenía que agotar el requisito de procedibilidad de la reclamación administrativa, requisito que se cumplió de forma parcial ya que no se incluyeron todas las reclamaciones y pretensiones que se solicitaron en el escrito de la demanda, lo que en principio indicaría que el Despacho no podría conocer de las mismas, por su incompetencia, empero dicho yerro no fue subsanado de manera oportuna en la etapa correspondiente, por lo que se estaba saneado, pues la demandada tampoco advirtió el error en la etapa procesal que contaba para el efecto; es decir, interponer la excepción de *falta de competencia*. En ese orden, resaltó con relación a la excepción de prescripción, que para que sea efectivamente interrumpida con la presentación de la reclamación del trabajador, es necesario que en la misma se indique clara y expresamente los derechos que el trabajador pretenderá con posterioridad ante el Juez competente; destacando que el término prescriptivo de los derechos laborales deben contarse a partir de la fecha en que el mismo se hizo exigible, así mismo, el trabajador cuenta con la posibilidad de interrumpir dicha prescripción por una sola vez y dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho con el simple reclamo al empleador o con el agotamiento de la reclamación administrativa según sea el caso. Por ello, consideró que, para poder aplicar el fenómeno de la prescripción, era necesario dividir en dos clases las pretensiones incoadas, en un primer grupo, los derechos solicitados de forma previa ante la entidad demandada y en un segundo, los derechos que se solicitaron únicamente en la demanda. En ese sentido, señaló que al haber finalizado la relación laboral el 20 de junio de 2014, la demanda presentada hasta el 04 de septiembre de 2018 y la reclamación administrativa el 16 de junio de 2017, la prescripción debía aplicarse para cada uno de los derechos solicitados por el demandante, de manera independiente pues la fecha de causación y exigibilidad de cada derecho es distinta.

Respecto a la pretensión de falta de validez de la modificación y adición del contrato de trabajo suscrita en diciembre de 2008, en la cual, se renuncia a los beneficios convencionales, indicó que del acta de modificación del contrato de

trabajo inicial de 1998 suscrito entre las partes, se cambió la modalidad del salario ordinario al integral, dejando pactado que este salario se dio incluyendo los recargos que realizó el trabajador por horas extras, recargos nocturnos, recargos dominicales o festivos, entendiéndose remunerado mes a mes los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales que a favor de los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo consagra la ley sustantiva y la convención colectiva vigente. Así mismo, se pactó un nuevo cargo para el actor. En esa medida, concluyó que dada la renuncia que el trabajador hizo por escrito de los beneficios de la convención colectiva entre la ETB y el sindicato de la empresa, no tiene derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales y demás conceptos establecidos o que se establezcan en ella. Además, el demandante no indicó la cláusula que deseaba se declarara ineficaz y tampoco indicó cual era la causa. En todo caso, sostuvo, el demandante renunció expresamente a las condiciones pactadas en la convención colectiva, lo que trajo consigo la cesación de las obligaciones sindicales por parte del trabajador, específicamente, el pago de la cuota sindical que para el asunto no se encontró pruebas de dicha erogación que diera lugar al beneficio de las convenciones colectivas. Agregó igualmente, que para que se trate de derechos adquiridos y como consecuencia derechos mínimos irrenunciables, era necesaria una desmejora salarial que en el presente asunto no se presentó pues se encontró cual era el salario devengado y el nuevo que se comprometió la demandada a pagar por un salario integral, concluyendo que pese a que se probó a que la convención se extendería a todos los trabajadores, el demandante no podría beneficiarse por no pagar el pago de las cuotas sindicales. A su vez, no se advirtió que se hubiese exigido presión sobre él para derivar que su consentimiento estuvo viciado al momento de la suscripción del acta en el año 2008, acta que estableció un cambio en la modalidad salarial conforme al CST. Aunado a lo anterior, precisó que las convenciones colectivas no se aplican a los representantes del empleador en la negociación, por lo que se agotó cualquier alternativa para declarar la ineficacia del acuerdo suscrito entre las partes, el 16 de diciembre de 2008 y respecto de la renuncia de los derechos convencionales pues legalmente si es permitida dicha renuncia y no tiene vicio alguno. Así mismo, precisó, que así se declare la ineficacia de dicho acuerdo, la no se alteraría pues ya estaría permeada por el fenómeno prescriptivo por presentar la demanda en el año 2017.

Respecto de la pretensión de ser beneficiario de las convenciones colectivas debido a que en la empresa demandada existe un sindicato mayoritario, indicó que conforme a las pruebas documentales allegadas se pudo concluir que en la empresa

existió un sindicato mayoritario, no obstante, tampoco se podían hacer extensivos los derechos convencionales al demandante por cuanto el cargo que ejerció durante el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2008 y el 20 de junio de 2014 estuvo amparado por un pacto de salario integral, en el cual se acordó expresamente la exclusión de los beneficios de carácter convencional, acuerdo que fue completamente válido; casi mismo porque los trabajadores no sindicalizados también deben pagar las cuotas sindicales para ser beneficiarios del mismo, situación que no se acreditó en el presente asunto, por lo que no hay lugar a condenar al reconocimiento y pago de derechos, incrementos salariales y prestacionales así como a las diferencias entre lo pagado y lo que se debió haber pagado; a su vez, al igual que no se acreditó la existencia del número de convenciones que se acreditaron en dicho periodo y menos las condiciones extra legales allí consagradas y como no se acreditó la condición de beneficiario del demandante sobre dichas convenciones, tampoco se podían reconocer los derechos individualizados.

Con relación a la pensión sanción, explicó no era procedente dado que la norma aplicable a la fecha de terminación del contrato de trabajo para la demandante, junio de 2014, era la Ley 100 de 1993, sin que se cumplieran los requisitos para tal efecto, pues el trabajador estuvo afiliado al ISS y posteriormente se trasladó al Fondo de Pensiones COLPATRIA.

En lo que a las pretensiones subsidiarias se refiere, esto es la ineficacia del despido por haberse violado el protocolo de San Salvador en aplicación a la condición más beneficiosa, señaló 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, indemnización que comprende el lucro cesante y el daño emergente. Así, en los eventos en que el empleador sea el responsable o si este da lugar a la terminación por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, deberá una indemnización al trabajador, lo cual ocurrió en el caso bajo estudio, donde la demandada ETB le consignó la suma de \$66.677.277, por concepto de indemnización por despido sin justa causa; por lo que el protocolo de San Salvador respecto al despido sin justa causa se encuentra en armonía con las disposiciones de la legislación nacional interna.

Frente a la falta de entrega de los soportes al sistema de seguridad social de los últimos tres meses que alude el demandante, que conforme a la prueba documental allegada al proceso acreditó que el pago de dichas acreencias se realizó de forma efectiva, por lo que no era posible declararse la ineficacia por dicha circunstancia

puesto que ello no daba lugar al reintegro sino al pago de las sumas adeudadas con la debida indemnización por falta de pago. Por lo anterior, tampoco prosperaban las demás prestaciones de allí derivadas. En cuanto a la solicitud para declarar que la compensación variable y la prima técnica eran factores salariales y como consecuencia, se reliquidara la indemnización por despido sin justa causa pagada, así como las prestaciones a que haya lugar y teniendo en cuenta los factores salariales, encontró que no existieron pruebas de que el demandante hubiera percibido durante la relación laboral alguna suma por concepto de prima técnica y compensación variable, lo que impidió hacer cualquier análisis sobre este punto, por lo que se absolvió a la demandada de estas pretensiones pero que de haber sido probadas, las mismas se encuentran ya prescritas.

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 ETB alegó en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se confirme la decisión 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 Corporación establecer en el grado jurisdiccional de consulta, si hay lugar la prosperidad de las pretensiones incoadas, tanto principales como subsidiarias en la forma en que fueron abordadas por el juez a quo; esto es, si hay lugar a declarar ineficaz la cláusula que modificó y adicionó el contrato de trabajo, si el demandante es beneficiario de las convenciones colectivas y tiene derecho a los beneficios convencionales reclamados, a la pensión sanción, al reintegro y a las sanciones, indemnizaciones o reajustes solicitados. De igual modo, se verificará si operó el fenómeno de la prescripción.

CONSIDERACIONES

Para descender sobre los problemas jurídicos así planteados, sea lo primero indicar que no es materia de controversia pues así lo aceptó la llamada a juicio con la contestación de la demanda, la existencia un contrato de trabajo entre el señor CARLOS ALBERTO FAJARDO BUITRAGO y la ETB S.A. E.S.P., el cual se desarrolló entre el 17 de febrero de 1998 y el 20 de junio de 2014, el cual, inicialmente se pactó bajo la modalidad de duración a término indefinido, y

posteriormente, de común acuerdo entre las partes y mediante suscripción de acta de modificación y adición al contrato, mutó la modalidad salarial de ordinaria a integral. De igual forma, se tiene por descontado que el contrato feneció por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la demandada, hecho que encuentra asidero con el documento que milita a folio 79 del plenario, mediante el cual el 20 de junio de 2014 se le comunicó de la terminación del contrato de trabajo a partir de la fecha de recibido de la comunicación, que lo fue ese mismo día.

Determinado lo anterior, debe precisar que en efecto, tanto la demanda inicial como su subsanación no son precisamente un modelo a seguir en tanto y en cuanto contiene una evidente indebida acumulación de pretensiones, al solicitar de manera principal tanto un reintegro como una pensión de sanción a cargo del empleador, empero como claramente la accionada nada manifestó al respecto, tal falencia quedó subsanada en apariencia de ahí que tal y como lo coligió el a quo, que valga decir tampoco hizo control de legalidad en la etapas correspondientes en procura de su saneamiento, al momento de dictar sentencia estudió buscando el querer demandante como pretensiones principales aquellas relacionada con la ineficacia del despido, el posible reintegro y la ineficacia de la renuncia a los beneficios de carácter convencional, para luego estudiar como subsidiarias las relativas a la pensión sanción y a los reajustes de las prestaciones con base a los derechos convencionales. Solución que en aras de un mejor proveer se antoja correcto y así se verificarán en la presente decisión.

En tal sentido, frente a la validez de la denominada «*acta de modificación y adición al contrato de trabajo de fecha 17 de febrero de 1998 suscrito entre ETB y CARLOS ALBERTO FAJARDO BUITRAGO y cambio de modalidad salarial de ordinaria a integral*» (fls.70 a 72), pero únicamente en lo relativo a la *renuncia de los beneficios convencionales*, como se solicita en la demanda, debe decir la Sala de entrada que, no tiene vocación de prosperar pues ni siquiera el demandante alegó para tal efecto, ni mucho menos probó, que la misma adoleciera de algún vicio del consentimiento en alguna de sus partes, tales como el error, la fuerza o el dolo, al tenor literal del artículo 1508 del Código Civil. Por lo tanto, no existe motivo alguno para dejar sin efectos la modificación a su contrato de trabajo, mucho menos de manera parcial como lo exige el demandante, pues se insiste, en todo caso no existe medio probatorio alguno en el expediente que permita establecer su invalidez.

Ahora bien, en lo que concierne a la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, tampoco podría tener vocación de prosperar cualquiera de las pretensiones tanto principales como subsidiarias, por dos razones, la primera y fundamental es

la relacionada con que no adosó al plenario ninguna de las convenciones colectivas de trabajo respecto de las cuales pretende su aplicación por extensión, de ahí que resulte imposible para la Sala hacer pronunciamiento alguno al respecto. La segunda razón y no menos importante, es que el actor mediante la ya mencionada acta de modificación y adición al contrato del 16 de diciembre de 2008 manifestó a la demandada que renunciaba al régimen de la convención colectiva de trabajo que se le venía aplicando, específicamente en el párrafo quinto de la cláusula primera acordándose expresamente que *«Dada la renuncia que **EL TRABAJADOR** hizo por escrito a la aplicación de los beneficios de la convención colectiva suscrita entre **ETB** y el sindicato empresa, no tiene derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales y demás conceptos establecidos o que se establezcan en ella»* (fl. 71 y CD fl. 102), aspecto este que como ya se dijo cuenta con plena validez, concluyéndose así, que el actor renunció a tales beneficios, lo que a su turno conlleva a que, de haberse agregado algún texto convencional, el mismo le sería aplicable, y con ello a la absolución de las pretensiones relacionadas con este puntal aspecto.

En lo que respecta al reintegro deprecado, 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 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. 79), de igual modo, se le canceló la respectiva indemnización (fls. 77-78). Ahora bien, la parte actora pretende que el reintegro con el respectivo pago de salarios y prestaciones que del mismo se desprende, *«por haberse violado el Protocolo de San Salvador, en aplicación de la condición más beneficiosa»*; sin embargo, tal como lo ha decantado la Jurisprudencia laboral, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 319 de 1996, no dispone de manera expresa que un

trabajador despedido injustamente tenga que ser reintegrado, restablecido o reincorporado; en efecto, en el literal d) del artículo 7.º, se establece lo siguiente:

«Artículo 7.º. Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizaran en sus legislaciones nacionales, de manera particular [...]:

*d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. **En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional...**».*

Lo anterior, contrastado con lo precisado en el artículo 64 del CST, no contradice tal regulación internacional, en la medida en que ambos postulados jurídicos consagran la potestad de terminar el contrato de trabajo sin motivación alguna, junto con el pago de una indemnización a cargo del empleador (sentencias CSJ SL3424-2018, SL4457-2018 y SL1203-2020, entre otras). De tal contexto, se avizora que no tiene vocación de prosperar el reintegro que se solicita desde el libelo introductor, en la medida el empleador hizo 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 indemnizó al trabajador afectado con tal decisión.

Lo anterior, como ya se dijo, no resulta contradictorio, ni riñe con el contenido de del referido instrumento internacional, por cuando, al hacer uso de manera pura y simple de la facultad consignada en el artículo 64 del CST, resulta perfectamente compatible con el susodicho protocolo. En ese sentido, no hay lugar al reintegro pretendido, con las consecuentes prestaciones que del mismo podrían derivarse.

Respecto a las pretensiones subsidiarias, como ya se precisó en precedencia, al no serle aplicable al actor convención colectiva alguna, no hay lugar estudiar si tiene o no derecho los derechos que reclama como factores salariales de tal carácter como la compensación variable y la prima técnica, por ende, al reajuste de la indemnización y las prestaciones sociales. Asimismo, a indemnización moratoria por cuanto al finalizar el contrato al actor se le pagó la respectiva liquidación de prestaciones sociales (fl.77), así mismo se aportó certificado del pago de aportes a seguridad social de los últimos tres meses de relación laboral.

En lo que concierne a la pensión sanción consagrada en el artículo 171 de 1961, no le resulta aplicable pues el demandante al momento de finiquitarse el contrato de trabajo no ostentaba la calidad de trabajador oficial, en tanto y en

cuanto, la naturaleza Jurídica de la pasiva Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá es una empresa de servicios públicos de capital mixto y naturaleza especial, constituida como sociedad comercial por acciones, con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal con un régimen de derecho privado, cuyo accionista mayoritario, el Distrito Capital de Bogotá posee el 86.36% de las acciones, en tanto que inversionistas privados tienen el 11.6% y otros accionistas públicos tienen el 2% restante. En tal medida, como lo ha indicado la Alta Corporación en la sentencia CSJ SL4766 de 2020, 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 tal medida no tiene vocación de prosperar, pues la referida disposición fue subrogada únicamente para el sector particular por la Ley 50 de 1990 manteniendo su vigencia en relación con los trabajadores oficiales hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de La Ley 100 de 1993, el que recogió los lineamientos anteriores, supeditando el reconocimiento de este derecho a la no afiliación del trabajador al sistema general de pensiones por omisión del empleador. Situación esta, que no se presenta en el caso de marras, puesto que la demandada aportó al plenario certificado de aportes al sistema de protección social, que da cuenta de su vinculación a sistema de pensiones.

Así las cosas, al no tener prosperidad ninguna de las pretensiones, tanto principales como subsidiarias, debe confirmarse 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,

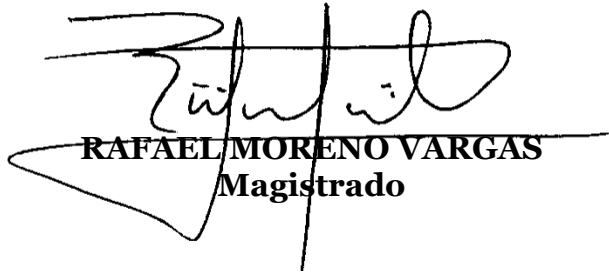
RESUELVE

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

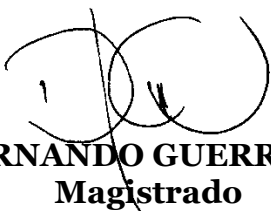
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

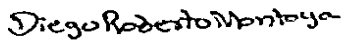
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA VIRGINIA SERNA PRADO contra COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105-003-2019-00245-01.

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 los recursos de apelación interpuestos por las accionadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de febrero de 2021. Del mismo modo, se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARIA VIRGINIA SERNA PRADO**, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada con la AFP PROTECCIÓN S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe para que se trasladara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, en consecuencia, se condena a COLPENSIONES a recibirla nuevamente en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Como consecuencia de lo anterior, se condene a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado de régimen y la no devolución de los aportes hasta la fecha que se verifique la misma y al pago indexado de las sumas de dinero adeudadas de conformidad con la certificación expedida por el DANE. Las costas y agencias en derecho, más lo extra y ultra petita.

A su vez, como pretensiones subsidiarias, solicitó que se declare como inexistente el acto por medio del se trasladó del RPMPD al RAIS, por lo que resultan INEXISTENTES las afiliaciones a los fondos privados demandados. Se declare que para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad en la afiliación. Se ordene a los fondos privados demandados, la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración y ordenar a COLPENSIONES reactivar la afiliación y recibir los aportes y rendimientos devueltos por los fondos privados demandados; y finalmente actualizar y corregir su historia laboral de la parte demandante. Se condene a los fondos privados demandados, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estimó en 200 SMLMV o la suma que el juez considere. Además de la condena en costas a todas las entidades demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber nacido el día 10 de septiembre de 1961, que venía afiliada en el RPMPD -ISS, cuando fue trasladada a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.A, el 08 de junio de 1999, decisión que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, no existiendo libertad y voluntariedad. Que la anulación solicitada es viable a la luz de la jurisprudencia actual, por la indebida y nula información suministrada por el fondo privado para convencerla del traslado. Agregó que la AFP accionada el 10 de septiembre de 2008 debió informarle sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos, para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho pensional, pero ello no ocurrió. De igual forma, anotó, la AFP no asesoró de manera transparente, clara veraz y oportuna respecto de las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas, ventajas 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; por lo que solicitó la nulidad del traslado tanto a Colpensiones como a Colfondos S.A., las cuales fueron negadas (Fls. 05 a 18 y 48 a 61).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que la señora **MARIA VIRGINIA**

SERNA PRADO se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Así mismo manifestó que no demostró la existencia de vicios del consentimiento que afectaran su decisión libre y voluntaria al efectuar los traslados horizontales, encontrándose válidamente afiliado a la AFP PROTECCIÓN; abonado a ello, se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 de 2003; que tal situación contraviene el principio de sostenibilidad financiera, generando una descapitalización en el fondo común. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la constitución política)», «inexistencia de la obligación de afiliación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», «presunción de legalidad de los actos jurídicos» e «innominada o genérica» (Fls. 65 a 85).

Por su parte, la demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal fin, que no existe causal alguna de ineficacia de la que adolezca el acto mediante el cual se afilió la demandante, pues la vinculación a PROTECCIÓN S.A se dio en estricto cumplimiento de los requisitos legales de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 ya que fue una decisión libre, voluntaria, espontánea y sin presiones mediada por una asesoría adecuada y suficiente que produjo efectos jurídicos para ambas partes y que no puede desvirtuarse con base en afirmaciones indeterminadas sin ningún asidero fáctico y jurídico; por el contrario, explicó que Protección cumplió con su deber de asesorar y acompañar a la demandante y en ningún tiempo la engañó, ni mucho menos la obligó a afiliarse a esta entidad, pues realmente se le suministró una asesoría completa, veraz y profesional, basada en los lineamientos legales y dentro de las reglas de la sana competencia, en la cual, la demandante pudo obtener la suficiente información y conocimiento para tomar una decisión responsable y debidamente informada. Agregando, que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Obsérvese del formulario de vinculación que suscribió la señora María Virginia Serna Prado, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que 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 de la afiliada. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de

forma libre y voluntaria. Como excepciones de fondo, formuló las de «Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento Indevido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» e «Innominada o Genérica» (CD fl. 121).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a COLMENA, hoy PROTECCIÓN realizado el 08 de junio de 1999, con efectividad a partir de 1º de agosto de la misma anualidad, para entenderla vinculada a COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros, e intereses causados, sin descuento alguno; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros efectuados por PROTECCIÓN para que se proceda a activar la afiliación como si nunca se hubiese trasladado de régimen, así mismo se actualice la información de la historia laboral en semanas de tiempo cotizado.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó la diligencia debida en torno al deber de información por parte de las AFP, se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada; no siendo suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación; correspondiendo a las administradoras de fondos de pensiones, allegar prueba, sobre los datos proporcionados a los afiliados, brindando información comprensible que le permitiera entender e interpretar la información. Señaló que desde la época de la fundación las AFP, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente, acerca de las características de uno y otro régimen pensional, logrando adquirir un juicio claro de las mejores opciones del mercado; puntualizó que el único medio de prueba allegado, como lo es el formulario de afiliación, no era suficiente prueba para establecer que ese traslado, se dio de manera informada, ajustada a los parámetros de libertad informada, precedida de información clara comprensible y suficiente, sobre las condiciones de su decisión,

teniendo elementos de juicios suficientes para entender la decisión adoptada, encontrándose o no la persona en transición, advirtiéndose que del interrogatorio presentado no se extrajo confesión alguna. Todo lo anterior, de conformidad con el presente vertical de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, que incluso en sede de tutela han amparado la ineficacia frente a decisiones en contrario de este tribunal. En cuanto a la excepción de prescripción, resaltó que la finalidad de la declaratoria de la ineficacia del traslado, es el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la cual se tiene como imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., apeló la decisión solicitando sea revocada en lo atinente a la devolución de los gastos de administración, toda vez que estos descuentos son legales y se realizan en ambos regímenes, es decir, que la actora si hubiera seguido afiliada al RPMPD, también se hubiesen generado de sus aportes, además no tienen vocación de financiar la mesada pensional y en ningún momento afectan su monto. Que tales gastos se encuentran sustentados en los rendimientos generados en la cuenta de la actora. Agregó, que si la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante siempre ha estado afiliada COLPENSIONES, la orden debería ser tendiente a trasladar únicamente los aportes y rendimientos que se hubieren generado el RPMPD, ya que los del RAIS son mucho más altos. Lo anterior, en virtud del concepto de las restituciones mutuas, pues COLPENSIONES estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa al recibir los rendimiento frutos de una gestión de la AFP, recibiendo los valores como contraprestación de esa administración no llevado a cabo. Adicionalmente, los aportes de la demandante no sufrieron deterioro alguno, por el contrario, generaron rendimientos superiores al 110%. Finalmente, solicitó se aplique la prescripción sobre las cuotas de administración, toda vez que esos no tienen la vocación de financiar la mesada pensional.

A su turno, la apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, solicitando sea revocada en su totalidad; argumentando para tal efecto, que la jurisprudencia señalada por el Despacho no se ha ocupado de la calidad de tercero que tiene COLPENSIONES con relación al negocio jurídico del traslado del afiliado con la AFP privada, aspecto que tiene incidencia superior por cuanto es quien al final debe asumir las cargas impositivas que generan la declaratoria de nulidad de la afiliación. Que COLPENSIONES ha mantenido sus postura de que la misma va mas allá de que las AFP trasladen los aportes, pues con los mismos no se podrían financiar la totalidad de las prestaciones que los afiliados tengan derechos, las cuales son un hecho futuro

e incierto y COLPENSIONES no tiene certeza hasta cuando debería pagarlas las mesadas y hasta cuando los aportes soportarán la misma y en deberá en su momento deberá acudir al erario del fondo común para cumplir con tales obligaciones, lo cual conlleva a una descapitalización del sistema, poniendo por encima los intereses particulares de algunos afiliados sobre los intereses generales de todos los afiliados del sistema de pensiones del RPMPD, por lo tanto, es más gravoso para Colpensiones la declaratoria de nulidad que para los implicados en el acto jurídico, insistiendo que es un tercero de buena fe que desconoce las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se realizó dicha afiliación; precisando que la actora aceptó el traslado, en tanto, para dicho momento la actora estaba en plenas condiciones legales y en ninguna prohibición para ejecutar el traslado. Que si bien dentro de la sentencia se indica que no hay duda respecto al deber de información y no se probó por parte de la AFP PROTECCIÓN que efectivamente se diera la misma, para que la actora decidiera su traslado de una forma informada, tal situación es ajena a COLPENSIONES, pero con la condena impartida, no sólo trae consigo el retorno al RPMPD, con los dineros, estos no van a ser suficientes para financiar la pensión, aunado a que la actora está a menos de 10 años para adquirir la pensión, requisito que se basa en el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, según el cual no es posible llevar a cabo situaciones en las que los afiliados retornen al RPMPD a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, dado que no son tenidos en cuenta para hacer proyecciones pensionales, cálculos presupuestas y reservas financieras para que en un futuro puedan realmente financiar la mesada pensional, agregando que la misma no se financia únicamente con los aportes, sino también por parte del Estado, el cual no puede darse por capricho de COLPENSIONES, sino con cierto tiempo y por esto, tener a una afiliada a menos de 10 años, tal financiación no será de la menor manera de ahí que se descapitalice el sistema de forma injusta, incluyendo a los demás afiliados. Agregó que debe tenerse en cuenta la teoría del daño en derecho civil, en el entendido que quien causa el daño es quien debe repararlo, que no lo fue Colpensiones, sino la AFP PROTECCIÓN. Finalmente, solicitó que en caso de confirmarse la decisión se revoque la condena en costas, bajo el entendido que Colpensiones no accedió a las pretensiones desde un inicio, por desconocer las circunstancias en que se efectuó el acto jurídico y por ello mal haría en allanarse a las mismas, más cuando no se demostró en el proceso que efectivamente no haya existido información por parte de la AFP PROTECCIÓN.

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 COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada; de igual modo la parte actora solicitó que sea confirmada la sentencia de primera instancia. La AFP 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 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 19 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 10 de septiembre de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevadas ante COLPENSIONES el 27 de septiembre de 2018 (Fls. 40 a 42), 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 249,29 semanas de cotización (fls. 88 a 91), 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 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 08 de junio de 1999 (Fl. 20), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la 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 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

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 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.

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. 20) plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN 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 COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A, omitió en el momento del traslado de régimen el 08 de junio de 1999 (fl. 17), 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 del actor, 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 así como del valor de las primas de 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).

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.

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación 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.

Sobre el particular, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* (CSJ SL2877 de 2020).

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.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, 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 en estricto sentido las AFP recurrentes, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirma la decisión en este aparte de la sentencia.

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,

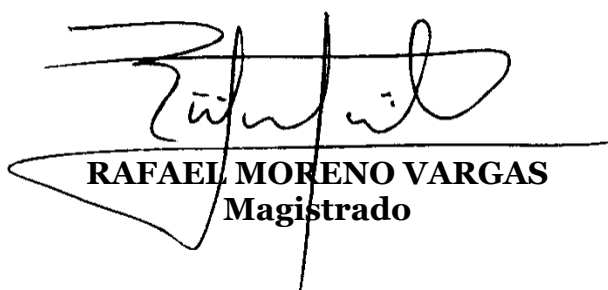
RESUELVE

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

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 junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por HENRY DAVID BERNAL ACOSTA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y otro. Rad 110013105-012-2019-00470-01.

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 1º de junio de 2021 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

El señor **HENRY DAVID BERNAL ACOSTA** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia y nulidad de su afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, por inexistencia de acto legal consentido de afiliación y se ordene el traslado de sus aportes pensionales a COLPENSIONES, con los rendimientos pensionales, y se reintegren los gastos de administración entre otros derechos. Que se declare la ineficacia de la presunta afiliación por vicios del consentimiento, habida consideración de que la presunta elección, no fue libre y voluntaria, y se afectó gravemente el legítimo consentimiento informado, por cuanto no fue asesorado en forma integral, suficiente, clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de

régimen pensional. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes pensionales, los rendimientos financieros, los gastos de administración, dado que no existe acto legal alguno que demuestre su afiliación. Se ordene a COLPENSIONES, una vez reciba los aportes pensionales integrales, profiera resolución de reconocimiento de la pensión de vejez, habida consideración de tener cumplidos los requisitos que establece la Ley 100 de 1993; el pago de las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el día 06 de noviembre de 2016, radicó en COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, derecho de petición solicitando el traslado de sus ahorros pensionales a COLPENSIONES, para acceder a la pensión de vejez. Indicó que no autorizó que sus aportes fueran trasladados de COLPENSIONES a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, por cuanto no firmó formulario alguno para dicho traslado, además, no fue asesorado en forma integral de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional. Manifestó que la firma que aparece en un formulario de afiliación no es de su autoría, lo desconoce, y dicha rubrica no es la que acostumbra en sus actos públicos y privados, así lo aceptó la demandada COLFONDOS, como se evidenció en oficio de fecha 26 de abril de 2019. Agregó que, en respuesta a su derecho de petición con No. 190405-000551, el apoderado especial de COLFONDOS, presentó denuncia penal por falsedad, dando cuenta que efectivamente la firma plasmada en el formulario de afiliación no es de su autoría. Expresó que el día 06 de abril de 2017, el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., bajo radicado No. 2017-039, tuteló su derecho y ordenó que, en el término de 48 horas, se diera respuesta a la petición. Añadió que el 16 de noviembre de 2017, 7 meses después del fallo del Juzgado, la entidad dio respuesta negando el traslado de fondos de pensiones. Que ante la injustificada negación del traslado de fondos pensionales, procedió a instaurar acción de tutela ante el Juzgado 11 Municipal de Pequeñas Causas Laborales bajo el radicado No. 2018- 716. Dicho Juzgado negó el derecho pretendido, y declaró improcedente la petición de amparo constitucional, por considerar entre otras argumentaciones, que la Tutela no es el mecanismo para resolver su traslado de fondo pensional, sino el proceso ordinario laboral. Manifestó que la decisión de primera instancia fue confirmada por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 13 de diciembre de 2018. Resaltó que, en escrito del 07 de abril de 2019, solicitó una vez más, autorizar el traslado de aportes pensionales a COLPENSIONES y se informe además sobre el denuncia penal que COLFONDOS anunció haber adelantado,

adujo que la respuesta estuvo supeditada a la decisión de los resultados del proceso penal. Preciso que dos años después de radicado dicho denuncia, informo COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, que el proceso se encuentra al despacho del titular en estudio pendiente por emisión de órdenes a policía judicial. Informo que el denuncia se radico en la Fiscal Seccional 169, adscrito a la Unidad de Fe Publica y Orden Económico, radicado No. 110016000050201806245. Agregó que, a la fecha de la radicación de la demanda, ostenta una densidad de cotizaciones superior a 1.642,43 semanas conforme a el reporte del 2 de agosto de 2019, que supera ampliamente las exigidas por la Ley 100 de 1993, para tener derecho a una pensión de vejez, precisando haber nacido el 09 de febrero de 1956 (Fls. 2 a 34).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP COLFONDOS S.A** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las declaraciones, argumentando que la entidad brindo respuesta de fondo a la petición del demandante; que la información que se brindo al demandante fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, informando a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y una vez la misma fuera solicitada ante la AFP COLFONDOS S.A, pues la misma se calcula a partir de tres variables: la edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando, la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión, el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si hay lugar a él y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado, siendo la rentabilidad resultado del ejercicio en el mundo financiero, sin que ello implique riesgo para la afiliada pues la Superintendencia financiera en su deber de garante establece unos topes mínimos de rendimientos por los cuales las AFP deben responder a sus afiliados. Preciso que el cumplimiento de estas variables y en consecuencia la edad y el monto de la pensión que logre alcanzar dependen directa y exclusivamente de la afiliada y no de la administradora del RAIS. Añadió que COLFONDOS entregó información objetiva a la demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía al igual que la información sobre las características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, decidiendo de manera libre su cambio. Afirmó que en consecuencia a su espontánea decisión, no es cierto que COLFONDOS o sus representantes comerciales hayan omitido información a la demandante antes de que firmara su afiliación. Finalmente adujo

que la asesoría que recibió la demandante fue integra y transparente y los funcionarios de la entidad son permanentemente capacitados a fin de que, al momento de la afiliación, puedan suministrar toda la información y asesoría completa y necesaria a sus clientes en relación con los productos y servicios prestados. Presentó 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 de consentimiento», «validez de la afiliación al Régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación a la actora al fondo de pensiones obligatorias administrada por Colfondos S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «compensación y pago» (fls. 71 a 83 y CD fl. 86).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que, desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS a la AFP COLFONDOS S.A; además, porque el traslado realizado por la parte actora a la AFP se presume no sólo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente valido. Indicó que la afirmación de vicio del consentimiento acaecido en el trámite de traslado con la AFP del RAIS alegado por la interesada, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial y solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistirá a COLPENSIONES la obligación de recibir y activar su afiliación sin solución de continuidad. Presentó como excepciones de mérito las de «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «presunción de legalidad de los actos administrativos» (CD Fl. 94).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 01 de junio de 2021, declaró la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación o cotización del demandante, efectuada con la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** Ordenó a la AFP COLFONDOS a trasladar el valor de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a COLPENSIONES, a quien ordenó aceptar el traslado y a recibir el monto de aportes, saldos, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin reconocimiento al régimen de transición al no

tener derecho sobre el particular. Absolvió a COLPENSIONES y COLFONDOS de las demás súplicas de la demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que dentro de la historia laboral del demandante se podía evidenciar que ni por edad ni por tiempo, el demandante es beneficiario al régimen de transición, por otro lado, hizo alusión al principio de libre escogencia, mencionando que, de acuerdo a las disposiciones legales pertinentes, debe ser un consentimiento exento de vicios y de la existencia de la libertad y consentimiento informado, pues de inexistir dicho requisito daría lugar a la ineficacia en sentido estricto, así entonces, de ser nulo el acto, debía ser demostrada la existencia de un vicio del consentimiento, error, fuerza o dolo; no obstante, no había suficientes elementos de juicio que permitieran evidenciar esa condición. Que lo evidenciado, por el contrario, era que no existía la afiliación y por tanto está siendo objeto de una investigación penal, lo cual dejaba ver que COLFONDOS desplazó la condición de la existencia del acto a una circunstancia ajena, en este caso, la promoción de una conducta punible, por tal motivo, ello no conllevaba a la declaratoria de una nulidad. Añadió que de la documental obrante en el expediente, se denotaba que la afiliación tuvo efectos jurídicos a partir del ciclo septiembre de 2001 y se da a partir de una cesación de cotizaciones como independiente del demandante entre el 01 de abril de 1998 y el 28 de febrero de 1999, ciclo 99-02, frente a ello el accionante tenía un total de 1662.43 semanas. concluyendo que no había prueba del formulario de afiliación y tampoco había una preocupación de COLFONDOS, de haber conservado en sus archivos tales documentos, luego de haber presentado la denuncia penal, toda vez que el documento no fue aportado, desconociéndose la existencia de dicho formulario. Relató que aparte de no existir el conocimiento vertido en el formulario tampoco puede haber una ilustración de las condiciones, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales y no existió una aplicación debida del art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 y de la reciente jurisprudencia, en ese sentido, lo único que se logró establecer fue que la afiliación data del momento en el cual el demandante inicia su vinculación con una empresa denominada Concretos Asfálticos y de allí se deriva que no existe la información suficiente, ni siquiera demostrada por el fondo privado. Por tales motivos, no se acreditó que el actor se afilió al RAIS, no obstante, refleje cotizaciones a COLFONDOS bajo su aquiescencia, tampoco se evidenció medio probatorio escrito donde aparezca la rúbrica de un asesor, y aun así, ni demostrándose la existencia del formulario era posible afirmar que existiera suficiente autodeterminación por parte del afiliado.

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 de primera instancia. 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.

A folio 12 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 09 de febrero de 1956, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLFONDOS el 01 de noviembre de 2016 (Fls. 18 a 25), 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, tenía aproximadamente 582.71 semanas cotizadas al ISS (CD fl. 94) 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 y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según la certificación emitida por COLFONDOS obrante a folio 11, acaeció el 17 de septiembre de 2017, sin que observe la Corporación la prueba del hecho o acto jurídico de afiliación primigenio que evidencie las situaciones y/o condiciones iniciales en las que supuestamente el aquí demandante manifestó su libre y espontánea voluntad de traslado.

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

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".

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 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 al demandante, en los términos aquí referidos, pues la AFP demandada no demostró siquiera el acto de afiliación, con lo cual puede concluir esta Corporación que no se logró demostrar la suscripción del formulario

de afiliación del actor al RAIS; circunstancia por lo cual, al no existir una prueba fehaciente que enrostre el procedimiento con el cual se trasladó de régimen pensional la demandante, más exactamente su formulario de afiliación, es por lo que atendiendo lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dentro del presente asunto no hay prueba si quiera sumaria que advierta que el traslado que ostenta el actor en la actualidad como afiliada al RAIS lo haya efectuado en forma libre y voluntaria según lo dispuesto en la norma, aspecto que también conlleva a que no se dé aplicabilidad a lo regulado en el literal e) del mentado artículo 13 de la Ley 100, el cual fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y que refiere a la escogencia de régimen de la preferencia de la filiada.

De este modo, es claro que 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, en gracia de la discusión, si se hubiera aportado el acto de afiliación a COLFONDOS, a efecto de zanjar cualquier duda, éste no constituiría 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 COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió no sólo aportar el documento contentivo del acto de afiliación sino que, tampoco demostró que al momento del traslado de régimen (17 de septiembre de 2001), hubiese cumplido con 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 saldos 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 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 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 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 resuelto el grado jurisdiccional de 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,

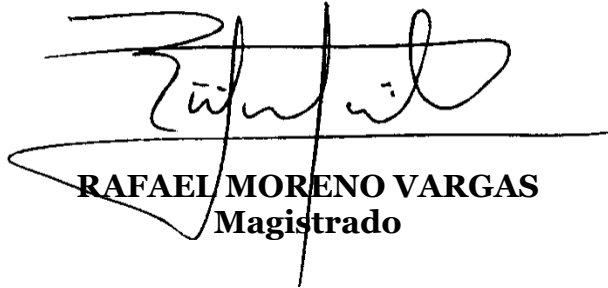
RESUELVE

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

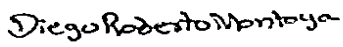
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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