

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA ALEJANDRA JAIMES BENITEZ VS PUNTUAL UNO EU Y RETO EDITORES SAS. RAD 10-2019-206-01

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ALEGATOS

Dentro del término concedido, la apoderada de la parte actora allegó alegatos de conclusión

ANTECEDENTES

MARIA LEJANDRA JAIMES BENITEZ, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **PUNTUAL UNO EU Y RETO EDITORES SAS**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo y en consecuencia solicita el pago de prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de transporte, indemnización por despido sanción moratoria, indexación. (fls 33 al 40).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta que fue vinculada por PUNTUAL UNO EU el 19 de julio de 2016, por 30 días como contratista. Community manager, con una retribución de \$1.400.000, que luego de esos 30 días firmó un segundo contrato el 19 de agosto de 2016 por seis meses y mediante contrato de prestación de servicios, con la misma retribución, que el verdadero contrato desarrollado fue de trabajo, que la demandante desde octubre presentó incapacidades y el 12 de noviembre el

contrato le fue terminado, que no se le pagaron las prestaciones y en general rubros propios de un contrato de trabajo. (fls 33 al 40)

Las demandadas, contestaron la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, afirmando que se dieron dos contratos de prestación de servicios y en ese sentido entonces se refirió a los hechos aceptando fechas y retribución, pero bajo la afirmación anterior de no existencia de contrato de trabajo, afirmó además que si se dieron las incapacidades y que bajo los términos contractuales se terminó el de prestación de servicios el 19 de agosto de 2016. Propuso las excepciones de ausencia de vínculo de carácter laboral, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (fls 93 a 99). En posterior escrito solicitó declarar probada la excepción de indebida subsanación, y la de indebida representación de la demandante por carencia total de poder. (fls 100 al 102).

La demanda fue reformada en cuanto a pretensiones y pruebas solicitando pago de incapacidades e incluyendo testigos. (fls 112 a 116), la reforma fue contestada, oponiéndose a las pretensiones ya firmando que la demandante se afilió en forma independiente a seguridad social (fls 119 y 120)

Tramitada la primera instancia, la Juez 10 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintidós (22) de octubre de 2020, por la que resolvió:

- 1. Declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la señora María Alejandra Jiménez Benítez y las empresas puntualuno eu y retroeditores s.a.s., hoy puntualuno proyectos constructivos s.a.s., a término indefinido entre el día 19 de julio de 2016 y terminó el día 15 de noviembre de 2016, por despido sin justa causa, con una asignación mensual de \$1.400.000, en el cargo de community manager y de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*
- 2. Condenar a las demandadas putnauluno eu y retroeditores s.a.s., hoy puntualuno proyectos constructivos s.a.s, a cancelar a la demandante señora María Alejandra Jiménez Benites las siguientes sumas de dinero así: por concepto de cesantías \$455.000, por intereses a las cesantías la suma correspondiente a \$17.745, por concepto de prima de servicios la suma de \$455.000, por concepto de vacaciones la suma de \$227.600 que deben ser pagados debidamente indexados, por concepto de incapacidades medicas de \$684.366, por*

indemnización por despido sin justa causa la suma de \$1.400.000, y se condena a las demandadas a pagar a favor de la señora María Alejandra Jiménez los aportes en pensión con destino a la entidad de pensiones a la cual se encuentre afiliada la señora demandante sobre el ingreso base de cotización de \$1.400.000 por el periodo del 19 de julio de 2016 hasta el 15 de noviembre de 2016, en las condiciones exigidas por la administradora de pensiones correspondientes;

3. *Declarar no probadas las excepciones planteadas por la parte demandada;*
4. *Condenar en costas a la parte demandada puntaluno eu y retroeditores s.a.s, hoy puntaluno proyectos constructivos s.a.s. a favor de la demandante, y deben ser tasadas por secretaria incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.*

La Juez para llegar a su decisión señaló:

“ Tenemos dentro de este proceso que se señala por la parte demandante, solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo, entre ella y las aquí demandadas petrodivisores s.a.s., y se opone la parte demandada, donde manifiesta que considera que se contrató a la demandante mediante contrato de prestación de servicios que es una de las modalidades contractuales permitidas para quienes ejercen profesiones liberales y que por ende no existió realmente un contrato de trabajo entre la demandante y las demandadas. Procede el despacho a resolver. Para resolver, ha de tenerse en cuenta que de conformidad al artículo 23, lo que debemos resolver en primer lugar, dado que es la fuente de las acreencias que reclama en este proceso, no es otra cosa sino en primer lugar establecer si existió un contrato de trabajo entre la señora María Alejandra Benitez y las demandadas, y efectivamente establecer en caso afirmativo, los extremos temporales del mismo y establecer si este terminó por despido sin justa causa, si hay lugar al pago de las acreencias solicitadas cesantías, intereses, prima de servicios, vacaciones, pago de incapacidades e indemnizaciones del artículo 64 y el artículo 65, y el pago de aportes a seguridad social. A este estrado judicial se allegaron como pruebas para resolver el asunto, desprendibles de pago, las líneas de pago de seguridad social realizadas por la demandante y arl, planillas cumplimiento de horarios, certificados de existencia y representación legal de las demandadas, copias de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, copia simple de las incapacidades otorgadas a la demandante, copia simple de fórmulas médicas, copia simple de recomendaciones de egreso de fecha 25 de octubre de 2016, copia de la conversación vía whatsapp, más que copia la conversación, una transcripción de conversación vía whatsapp con la señora Omaira blanco y la aquí demandante, copia simple de correos electrónicos y la impresión de los mismos mediante la cual se enviaba conocimiento de las incapacidades medicas otorgadas a la demandante, copia de la carta de terminación de contrato con fecha 12 de noviembre de 2016, copia de extractos bancarios de la demandante que obran a folios 1 a 53, las cuentas de cobro comprobantes de pago y que se allegan por la parte demandante a folio 55 a 92 del plenario y se practicó dentro de este proceso el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada el señor Guillermo serrano y también se practicó el interrogatorio de parte de la demandante María Alejandra Jimenez Benitez, testimonio de Omaira blanco, y finalmente Andrea moreno castro. El despacho dictó las demás testimoniales, que no se hizo presente la otra testigo, en consecuencia, entiende el despacho a resolver el primer interrogante en relación a la existencia del contrato de trabajo. Al respecto tenemos, que de conformidad con el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, para que exista un contrato de trabajo se requieren 3 elementos, el primero de ellos la actividad

personal del trabajador, el segundo la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y tercero un salario o retribución, así mismo tenemos que el artículo 24 de la misma normatividad, establece una presunción y es que señala, la prestación personal de servicio hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, en consecuencia, debe este estado judicial entrar a revisar si efectivamente se puede o se demuestra la prestación personal de servicio de la actora para poder dar aplicación al artículo 24 del código sustantivo de trabajo. Tenemos entonces que de conformidad a la contestación de la demanda, están aceptados los hechos 1,2,3,7,8,11,13,14,15 y 17 y conforme a las pruebas allegadas, tenemos que desde la misma contestación de la demanda no se niega la prestación de servicio de la actora a favor de las demandadas, pero bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, y que hubo un primer contrato de 19 de julio de 2016, por el término de un mes, y el segundo del 19 de agosto de 2016, para desarrollar unas funciones como comunicadora para redes, que la modalidad de la contratación era por prestación de servicios y que se pagaba quincenalmente en cuenta de bancolombia y valor mensual de \$800.000. Tenemos que aunado a ello, pues efectivamente en el interrogatorio de parte celebrado dentro del proceso al representante legal de la entidad aquí demandada, representante de las dos demandadas, este escasamente manifestó que efectivamente se habían firmado dos contratos, uno por 30 días desde el 19 de julio de 2016 para desarrollar programas y colocar piezas publicitarias en las redes sociales en los diferentes mecanismos que se utilizan en los medios electrónicos y consolidar proyectos que tenían contratados. Adicionalmente indicó que después se hizo un segundo contrato y retroeditores s.a.s. para realizar publicidad de todos los proyectos inmobiliarios que se manejaban con la empresa. Entonces, tenemos claramente establecido que efectivamente se prestó el servicio con la demandante, adicionalmente tenemos dentro del expediente los contratos celebrados el 19 de agosto de 2016 entre la demandante y retroeditories y el celebrado que obra en el expediente a folios 3 a 5 del plenario y obra el contrato suscrito por la demandante y retroeditores del 19 de agosto de 2016 por un término de 6 meses que obra dentro del expediente, efectivamente contratos que no fueron causados por ninguna de las partes. **En consecuencia encuentra el despacho que demostrada la prestación del servicio de la demandante es loable dar aplicación al artículo 24 del cst, estando en la presunción de la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y las demandadas, y por tanto se invierte la carga de la prueba y corresponde a las aquí demandadas demostrar la no existencia de la subordinación, dado que la subordinación es el elemento de diferencia en los contratos de prestación de servicios y los contratos de trabajo, para ello debe acudir el despacho a las pruebas allegadas y practicadas, a fin de verificar si efectivamente las demandadas logran desvirtuar esta presunción. Este estrado judicial considera que es dable dar aplicación a dicha presunción, encuentra esta operadora judicial que, al revisarse las pruebas, la conclusión y la relación de las mismas es que no se logra desvirtuar la existencia de contrato de trabajo entre la demandante y puntialuno eu y retroeditores.** Tenemos que las razones son las siguientes: 1, tenemos expresamente la existencia del contrato de prestación de servicios que obra a folios 3 y 5 del plenario, que corresponde al contrato celebrado por la aquí demandante con puntialuno eu el cual establece que fue contratada para prestar los servicios como comunicadora para redes en la ciudad de Bogotá, que el plazo de duración era de 30 días y que iba a ser una retribución de \$1.400.000; así mismo, tenemos que se establece como obligaciones de la señora demandante en dicho contrato que debía obrar con seriedad y diligencia en el servicio contratado, creación de base de datos de las redes sociales, comunicación de los proyectos en las redes sociales, monitoreo de las redes e interacción de los usuarios con las plataformas de la empresa, creación de las comunicaciones personalizadas con posibles

clientes, aplicar estrategias, llevar control y cumplimiento de las estrategias, utilizar toda clase de tecnologías, correos electrónicos, whatsapp y las demás redes sociales, responder por la aplicación de los métodos y procedimientos del sistema de control interno, velar por la calidad, eficiencia y eficacia del mismo, atender solicitudes y recomendaciones que haga el contratante o sus delegados con la mayor prontitud, presentar cuenta de cobro con una anticipación de 5 días a la fecha establecida para el pago; se señaló en el mismo que la vigilancia del contrato en la cláusula 7 estaría a cargo de, se supervisaría por el contratante la ejecución por medio del representante de servicio, promoción, comercialización y venta y podría darse las observaciones con el fin de ser analizadas conjuntamente con el contratista y efectuar de parte de esta modificaciones a que hubiere lugar. Si bien es cierto, se estableció una cláusula de exclusión de relación laboral en la cláusula novena y hay una cláusula, décima que establece expresamente: cesión del contrato. La contratista no podrá ceder parcial ni totalmente la ejecución del presente contrato a un tercero, salvo previa autorización expresa y escrita del contratante. Y, tenemos que este contrato se suscribe el 19 de julio de 2016; a folio 6 se encuentra el contrato celebrado con retroeditores s.a.s. quien también funge como representante legal en el contrato antes citado, y con retroeditores es el señor Juan Guillermo Serrano Lobos, también se establece entonces en el contrato que obra de folios 6 a 8 que no fue tachado tampoco, tenemos que se establece que se le contrata para ser comunicadora para redes en la ciudad de Bogotá, exactamente la misma función o actividad laboral para la cual se contrató con Puntaluno. Adicionalmente también encontramos que la remuneración es exactamente la misma \$1.400.000, y tenemos que se señala que las obligaciones de la demandante en la cláusula 5 es básicamente la misma cláusula que se estableció en el contrato con Puntaluno, es decir, las obligaciones eran exactamente las mismas, obrar con seriedad y diligencia en el servicio contratado, creación de la base de datos de las redes sociales, publicación de los proyectos en las redes sociales, monitoreo de las redes e interacción de los usuarios en las plataformas de la empresa, creación de la comunicación personalizada con posibles clientes, aplicar estrategias, llevar el registro de control y cumplimiento de estrategias, utilizar toda la clase de tecnologías, correos electrónicos, whatsapp y las redes sociales, responder por la aplicación de los métodos y procedimientos del sistema de control interno, velar por la calidad, eficiencia y eficacia del mismo, atender las solicitudes y recomendaciones que haga el contratante, presentar cuenta de cobro 5 días antes. También tenemos que se establece que el contratante o su representante le avisarían al supervisor de la ejecución del servicio de promoción y podría formular observaciones, en la cláusula 7 también se señaló, en la cláusula 9 la exclusión de la relación laboral y en la cláusula 10 nuevamente se establece la cesión del contrato y señala: la contratista no podrá ceder parcial ni totalmente la ejecución del presente contrato a un tercero, salvo previa autorización expresa y escrita del contratante. Tenemos que, básicamente, lo que cambia y así lo reconoció el representante legal en su interrogatorio de parte, el señor Serrano, tanto de Puntaluno EU como de Retroeditores, es la misma persona, efectivamente eran las mismas obligaciones, las mismas actividades, pero que cambiaban los extremos temporales, el primer contrato fue por un mes, el segundo contrato fue por 6 meses. Ahora, que más tenemos dentro de este proceso. De las pruebas allegadas tenemos, que, si bien es cierto, estamos hablando de dos contratos y de dos compañías o de dos empresas, en donde estamos hablando de Puntaluno EU y Puntaluno Proyectos Constructivos S.A.S., es el nuevo nombre de Retroeditores S.A.S, en su momento. **Lo que encuentra el despacho es que realmente estos dos contratos enmascararon una verdadera relación de trabajo dada la presunción, de la práctica de pruebas** encontramos es que hicieron dos contratos, cuando se le pregunta al representante legal de la demandada porque razón se hacen dos contratos, el uno con Puntaluno y otro con Retroeditores y señala que eso

fue por organización empresarial que se hizo y que básicamente al principio, el señor representante legal de la demandada le informa a este estrado judicial que lo que se presentaba era una situación en relación a puntaluno en el momento en que se inicia ese vínculo con la señora demandante, lo que existía era un contrato que era continua 26 que era para lo cual ella tenía que realizar las labores específicamente y allí no se indica entonces que era continua 26. Pero más adelante y también le indica a este estrado judicial el representante legal, es que las actividades de la señora demandante, ella podía realizar estas labores en cualquier lugar, las podía hacer desde su casa o desde deseara hacerlo, pero también señala que finalmente acepta que se le facilitó o que la empresa tenía un escritorio y un equipo de trabajo, que lo importante para ellos eran los resultados, que en cuanto a los días de comparecencia o que debía presentar los servicios en la empresa, a ella le prestaban, que eso le constaba a era a la señora maría juliana quien era la que supervisaba el contrato de la demandante, finalmente dijo que ella no tenía que ir todos los días y señaló que en cuanto a retroeditores se había realizado un nuevo contrato y entonces planteo a este estado judicial que existían diferentes actividades para las cuales estaban las empresas catalogadas, que tenía puntaluno el proyecto de cima 26 y retroeditores tenía otros proyectos como era área 98, construcciones amaranta, construcción 9316, un proyecto en mesitas y señaló que entonces estaban dadas para actividades diferentes, pero finalmente cuando esta operadora judicial le cuestionó y le preguntó si efectivamente la señora demandante durante el contrato con puntaluno había realizado actividades en las redes sociales de subir piezas publicitarias, información de los proyectos, aparte de subir información de proyecto cima 26 había realizado labores relacionadas con los proyectos que correspondían a retroeditores como era área 98, construcciones amaranta y los proyectos de mesitas e indicó el representante legal que finalmente si, tanto en una como en otra y que cuando había estado también en retroeditores en el segundo contrato también había realizado actividades en cima 26, lo cual permite llevar a este despacho a concluir que finalmente durante todo el tiempo desde el 19 de julio de 2016 cuando firmó el primer contrato la demandante con puntaluno estaba realizando actividades para puntaluno eu como para retroeditores, eran actividades que tenían que ver con las redes sociales de retroeditores y que finalmente pues si se acepta por el representante legal de la demandada que se estaban realizando dichas funciones. Ahora, tenemos que el representante legal de puntaluno y retroeditores que es la misma persona, finalmente aceptó que si se le había suministrado unos elementos de trabajo que era el computador y la silla, que todas estas consideraciones que está señalando el despacho lo que hacen es confirmar la existencia del contrato que se ha declarado que se presume. Se indica por la parte demandante que cuando terminó el contrato debido a un incumplimiento de la señora demandante, el representante legal de la demandada dice que dejo de cumplir y presentar los informes a la señora maría juliana y que así mismo de subir las piezas publicitarias que tenía a su cargo y que eso les creó bastantes problemas con los clientes de la empresa, generándole bastantes problemas de carácter económico también y que acepta el señor representante legal de la demandada que en el momento en que se le envía la carta determinación a la demandante por el incumplimiento que se aduce, retroeditores si tuvo conocimiento de que se encontraba incapacitada pero considera que ella abandono el cargo porque su deber era haber colocado a otra persona para que realizara sus labores y darle cumplimiento al contrato, y tenemos que también se indica por el representante legal de las demandadas que la sede de retroeditores y eu es exactamente el mismo lugar, que eso se hace por organización empresarial y porque no necesita estar o tener dos lugar para estar asistiendo, y que por organización empresarial se había establecido en primer lugar los dos contratos que estaban en la misma sede y las dos empresas funcionaban en el mismo lugar. Ahora, dentro de este proceso se tomó el interrogatorio de parte de la

señora María Alejandra que le informa a este estrado que efectivamente fue contratada para las labores por virtualuno y retroeditores, quien efectivamente se le realizaron dos contratos, un primer contrato de un mes y el siguiente contrato de seis meses, que inicialmente ella no se dio cuenta que el segundo contrato era firmado por retroeditores, que ella pensó que era el mismo contrato con puntaluno la misma situación, que al momento de ser contratada retroeditores si allegó certificación de la eps como dependiente y que ella no tenía ningún otro contrato en ese momento con ninguna otra empresa, que se le exigió para el pago de los honorarios el pago o presentación de cuentas de cobros y que se afilió como independiente el 20 de octubre de 2016 y que entregó dicho formato a la empresa, que efectivamente quien le pagaba el contrato dice ella que era retroeditores a través de la cuenta del banco Colombia, que esa cuenta no era una cuenta de nóminas sino era una cuenta personal y que efectivamente la selección para el trabajo se la realizó por intermedio de Alejandro Quezal y que si conoce al señor Alejandro, que las labores con retroeditores era administrar las redes sociales, creación de perfiles, parrillas de contenidos, atender todo lo que llegara por las redes sociales para lograr las cuentas, desarrollaba sus funciones y su jefe inmediato era la señora María Juliana Álvarez y que cada mañana ella le decía que era lo que debía hacer, a que horas y cuanto debía demorarse cada una de las actividades, que ella era su decisión podía desarrollarlas desde cualquier equipo o Tablet pero que se le exigió que debía hacerlo solamente desde la empresa y que tenía una oficina donde realizaba dichas labores, manifestó que el 19 de julio de 2016 estableció un contrato con virtualuno de un mes y que era también para la administración de las redes sociales y la capacitación para la administración de estas redes sociales, se señala que el 19 de agosto de 2016 se le contrata por retroeditores y es finalmente el contrato del 19 de agosto de 2016 es exactamente para la mismas funciones que se realizaban, que cumplía un horario de 7:30 a 6:30 de lunes a viernes y los sábados de 8 a 11:30 de la mañana. Dentro de este proceso se recepcionó también la declaración de la señora Omaira Milena Blanco quien indicó que era directora administrativa de puntaluno y de retroeditores, indicó que está vinculada desde el año 2019, reconoció que se hizo el contrato de la señora demandante y se le preguntó porque razones había o existían dos empresas y que habían hecho esos contratos uno con puntaluno y retroeditores, manifestó la señora Omaira Blanco que hubo una organización o se decidió realizar una organización de la empresa y todos los empleados pasaron a una sola empresa y que no era la misma empresa, que para ella no era la misma empresa porque tenía cámara de comercio diferente y porque tenía contabilidad diferente, pero si tiene la misma sede, el mismo número telefónico y tienen los mismos bienes, pero diferentes certificados de cámara de comercio, diferentes contabilidades. Tenemos que señala, que habían actividades diferentes, porque en su concepto la empresa puntaluno eu se dedicaba a lo que tenía que ver con la venta y alquiler de bienes inmuebles y mientras tanto retroeditores era la relacionada con inmuebles, de mercadeo de inmuebles, pero finalmente la señora Omaira también termina señalando que el trabajo de la señora demandante era el manejo de las redes sociales y de la promoción de estos inmuebles y proyectos de las construcciones. Y tenemos que señaló que también la señora María Jimena hacía la publicidad de puntaluno eu y básicamente hacía la misma actividad en 2016 y estuvo realizando promoción tanto para retroeditores como puntaluno eu en lo que fue correspondiente a los meses de agosto, septiembre, octubre de 2016 a la vez. Que la labor de la señora era comunicadora para redes, las actividades le eran asignadas a la aquí demandante por la señora María Juliana, era la encargada, y que ella solo elaboro los contratos, que la señora María Alejandra debía presentar unas cuentas de cobro para verificar y ella revisaba los pagos, hacía la verificación de estas cuentas de cobro y que todos estaban trabajando en la misma sede, al preguntársele si la señora demandante se le suministró puesto de trabajo, dijo que inicialmente tuvo

computador y silla cuando estaba con eu y después con retroeditores ahí fue más elusiva y entró a decir que no se acordaba, que finalmente acepto que sí, que habían varios computadores y que ella podía utilizar cualquiera de esos computadores e indicó que iba a veces, que no era todos los días, que a veces se iba al medio día y señaló que a ella no le debía pedir permiso para retirarse e indicó que los honorarios del 16 de julio de 2016 fueron pagados por puntualuno eu y que a partir de agosto fueron pagados por retroeditores, previa la presentación de la cuenta de cobro e indicó que la señora demandante se le terminó el contrato, según a ella se le indicó realizar la carta de terminación por haber incumplido el contrato, dado que no había cumplido las obligaciones para las cuales había sido contratada y señaló que la señora maría Alejandra si podía haber encargado a un tercero para que realizara estas labores, pero que no lo hizo e indicó que se le entregaba o que podía usar elementos como el computador la silla, y adicionalmente la empresa le entregaba las piezas publicitarias que ella debía subir a las redes sociales, que no existía ningún registro de control sobre horarios y que ella era la encargada de la elaboración de los contratos de la señora demandante, que ella si no venía no tenía que dar explicaciones la señora maría Alejandra y señaló en relación al tratamiento médico que si tuvo conocimiento de las incapacidades de la señora demandante y cuando se terminó el contrato se encontraba incapacitada, señala que se le pagaron los honorarios y que se pagó por las labores, no por la incapacidad, que maría Alejandra pasaba cuentas de cobro y señalo que lo último que se le pagó en el mes de noviembre fue una suma de \$160.000. Adicionalmente, indicó por esta testigo que debía rendir informes a la señora maría juliana sobre las actividades realizadas y finalmente se tomó la declaración de Jennifer Andrea moreno castro, quien manifestó que trabajó para el señor Guillermo serrano, no trabajo ni para puntualuno eu ni para la empresa retroeditores, sino que ella fue contratada directamente por el señor serrano, pero que sus labores las realizaba en las mismas oficinas que quedaba más o menos sobre la 98 con occidente cuando era 19, donde recuerda que eso se denominada puntualuno y que allí era donde prestaba sus servicios, el señor la contrató para una campaña para el plebiscito y laboro más o menos un mes en el año 2016, que era en la oficina 601, que era un segundo piso y que allí estaban laborando las empresas y conoció en ese momento a la señora maría Alejandra. Que el señor serrano laboró más o menos a mediados de septiembre de 2016 hasta más o menos el 10 de octubre de 2016, que vio a la señora maría Alejandra todos los días, que cumplía un horario de 7:30 a 12, 1 de la tarde con una hora de almuerzo y de 1 a 5 y los sábados era más o menos desde las 8 hasta la 1 de la tarde, que si tenía asignado un puesto, había computador, que el jefe inmediato de ella la señora demandante era la señora maría juliana y que ella lo sabía porque hacían unas reuniones de equipo y decía que tenían que hacer y que las invitaba a estas actividades y que si ella tenía que retirarse de las instalaciones de la oficina tenía que solicitarle autorización a la señora Omaira, y señaló que cuando salían a almorzar en muchas oportunidades si se pasaban 5 10 minutos le hacían una llamada de la señora Omaira o la señora maría juliana en donde les decían que estaban atrasadas, que hacían la llamada al celular de ella o de la señora maría Alejandra y que había que pedir permiso para hacer trámites y necesariamente debían ser autorizados para retirarse de la sede, y señala que la señora maría juliana era quien daba las órdenes a la demandante la señora maría Alejandra, que en las mañanas establecía la planilla de contenido de las redes sociales y a quien debía hacer esto era la señora maría juliana, le presentaba la parrilla de contenido y las horas a la señora maría Alejandra. También indico la señora testigo que cuando ella estuvo trabajando efectivamente se enteró del estado de salud de maría Alejandra, teniendo en cuenta que se le dieron unas incapacidades porque tuvo algo así como depresión, según recuerda, y que ella no sabe o no supo al momento de la terminación del contrato que había dejado de laborar, pero sí tuvo conocimiento de que había estado enferma y

que tenía problemas de salud. Tenemos entonces de estas pruebas, primero, que está ratificada la prestación del servicio, la misma testigo Omaira también indicó esta prestación del servicio, que lo hacía en la sede, que para todos los efectos la sede de virtualuno eu y retroeditores era exactamente la misma dirección, dentro de este expediente encontramos efectivamente el certificado de cámara de comercio, en primer lugar, puntualuno proyectos constructivos s.a.s que era antes retroeditores, en donde se puede establecer que la dirección de notificación es transversal 19 A # 98 28, oficina 203, y también tenemos dentro del expediente el certificado de cámara de comercio de puntualuno eu a folio 50, en el cual se establece que la dirección es transversal 19 A # 98 28, oficina 203, exactamente la misma sede, como lo afirmó la testigo la señora Omaira, como lo indica la señora demandante y la otra testigo que tuvimos la oportunidad de escuchar. Adicionalmente, son coincidentes tanto Jennifer Andrea moreno castro como la señora Omaira blanco en indicar que quien daba instrucciones y supervisaba las labores de la señora demandante era la señora maría juliana Álvarez y así mismo también indico el representante legal que no conocía algunas cosas porque las manejaba directamente la señora maría juliana. Tenemos entonces que efectivamente de todas estas pruebas: primero, si prestó el servicio desde el 19 de julio de 2016 y este contrato finaliza el 15 de noviembre de 2016, se allega a este estrado judicial en el expediente, que efectivamente se envió o se allegó la impresión de un correo electrónico mediante el cual la señora Omaira blanco por correo electrónico puntualuno@gmail.com le informa a la señora demandante que se le envió vía correo electrónico, específicamente esto data del 25 de noviembre de 2016, a las 3:49, se le indica: buenas tardes, adjunto carta fecha 12 de noviembre de 2016, la cual fue remitida a la dirección que aparece en su hoja de vida, virginia blanco Archila, directora administrativa puntualuno inmobiliarios y tenemos que de igual manera se le indica que había sido enviada la carta también vía correo electrónico, obra la carta de fecha 12 de noviembre de 2016 en el expediente en donde se le informa a la señora demandante que retroeditores s.a.s., identificada con nit 9002919339 le informa que ha decidido dar por terminado el contrato de prestación de servicios comerciales celebrado el 19 de agosto de 2016 y se fundamenta esta decisión en el incumplimiento de la contratista en no haber dado continuidad al contrato vinculando un reemplazo y adicionalmente no cumple con las funciones propias de su cargo, las cuales se encuentran plenamente probadas, que es manejar las redes sociales de la compañía, generar contenido para cada una de las cuentas, alimentar una página de cada proyecto, alimentar Instagram diariamente con imágenes de los diferentes proyectos de la compañía, crear el perfil de puntualuno en olx e ingresar cada uno de los proyectos, manejar el perfil de Google plus, presentar informes periódicos sobre el desempeño y la evolución de trabajo en la página web y generar contenidos para la página web, mantenerla al día y crear publicaciones de temas relacionados con construcción para lograr generar mayor tráfico en la página web y finalmente se indica la terminación del contrato de prestación de servicios comerciales se hará efectiva a partir del 15 de noviembre de 2016 y se le solicita la entrega de los elementos de trabajo que debe hacerle esta entrega a maría juliana Álvarez, directora comercial. Tenemos entonces, como venía diciendo este estrado judicial, que no se encuentra ninguna prueba que desvirtúe el contrato de trabajo, por el contrario, lo que aquí se reafirma y lo que encuentra el despacho es que tenemos a puntualuno eu que tiene un contrato de prestación de servicios por un mes del 19 de julio de 2016, por 30 días, y luego aparece un contrato con retroeditores del 19 de agosto de 2016, que era por 6 meses. Pero es que lo que queda demostrado en este proceso, es que efectivamente tanto puntualuno eu como retroeditores s.a.s., fungieron como los empleadores de la señora demandante, porque es que encontramos, primero, que estaba sometida a la misma persona que la contrató es el señor Guillermo serrano que funge como representante legal de las dos empresas demandadas, que

la directora comercial a quien debía rendir informes, que supervisaba su labor, Juliana Álvarez, era directora comercial de las empresas demandadas, porque la señora Omaira Blanco le dejó claro a este estrado judicial que finalmente habían decidido que todos los trabajadores de Puntaluno EU pasaban todos a retroeditores por organización empresarial, lo que dijo el representante legal de la demandada es que tenía una sola sede, trabajaban las dos empresas en la misma sede, no se necesitaba tener dos sedes, la señora Omaira Blanco nos dice que la dirección, teléfonos, el mismo lugar, y todo lo que tenía que ver era de las empresas, incluso habló que el computador de la señora demandante era de Puntaluno EU porque ella lo veía en el inventario, pero finalmente era un computador que estaba en la misma sede y que era donde funcionaban indistintamente tanto Puntaluno EU como retroeditores. Ahora, tenemos que el representante legal claramente señaló que si efectivamente en los contratos, tanto en el de Puntaluno EU como retroeditores, la señora demandante estuvo haciendo labores en redes sociales tanto para Puntaluno EU, proyectos de Puntaluno EU, que no era si no c. 26 y para los proyectos de retroeditores, y finalmente la señora Omaira también señaló que básicamente las labores habían terminado siendo las mismas, de la señora demandante. Ahora, tenemos que, aunado a ello, si analizamos las documentales que se allegaron como pagos realizados a la demandante y a pesar de que se indica que los pagos se le realizó retroeditores en el segundo contrato, encuentra este estrado judicial, lo primero que debe indicar para mayor claridad, es que acudiendo a los certificados de cámara de comercio de las aquí demandadas tenemos que el nit de la demandada Puntaluno Proyectos Constructivos S.A.S, antes retroeditores es 9002919339 y el nit de la demandada Puntaluno EU, corresponde al nit 900181173-6. Cuando acudimos a esas documentales que allega la parte demandada como pruebas en su contestación de demanda que corresponden a las transacciones realizadas para los pagos que se le hicieron a la señora demandante efectivamente a Bancolombia, tenemos que en ellos encontramos los siguientes: estamos en dichos pagos en los siguientes: tenemos el primero pago realizado a la señora demandante que obra a folio 75 del plenario, en donde aparece un recibo de caja menor que dice que es del 1 de agosto de 2016, pagado María Alejandra Jaimes, \$600.800, por cuenta días laborados, del mismo es imposible saber quién fue el que realizó el pago porque no se indica que empresa lo hizo. Y, tenemos a folio 76 el documento equivalente de Puntaluno EU y que estamos hablando que la fecha del 27 de julio de 2016 cuando estamos todavía dentro del contrato de prestación de servicios firmado por Puntaluno EU, y está la cuenta de cobro de la señora demandante dirigida específicamente el 27 de julio a Puntaluno EU a folio 77; a folio 78 está la certificación de EPS Sanitas, a folio 79 encontramos un registro de una operación de pago a la cuenta de la señora demandante, realizada el día 18 de agosto de 2016 que estamos todavía dentro del pago de Puntaluno EU, en donde encontramos que se indica que el nit del consultante es el 9181173, que efectivamente es el de Puntaluno EU, y está la cuenta de cobro dirigida por la señora demandante a Puntaluno EU, posteriormente encontramos a folio 82, el pago que se realiza al Banco Colombia en la fecha del 2 de septiembre de 2016, en donde encontramos que este pago ya no es realizado por Puntaluno EU, según el nit del depositante 902291933, corresponde a retroeditores y la operación correspondiente por la suma de \$554.590. Así mismo, encontramos con posterioridad entonces a folio 83 el pago que se realiza a la demandante el día 16 de septiembre de 2016, fecha en la que ya estamos en vigencia de ese segundo contrato de prestación de servicios que se firmó con retroeditores, pero extrañamente a pesar de que se aduce que se pagó por retroeditores la suma que en esta operación 072866730, se depositan \$700.000 el 16 de septiembre de 2016 a favor de la señora demandante en la cuenta Bancolombia, pero el depositante en este evento tenemos que sigue siendo o vuelve a ser Puntaluno EU, no es retroeditores, el nit del

depositante es 91811736, es el nit de verificación. La cuenta de cobro de este mes, extrañamente, no está dirigida por la señora demandante a ninguna de las empresas, está dirigida es a Juan Guillermo Serrano Lobos y encuentra el despacho que está con un nit de persona natural 12.965.626, pero el depósito lo hizo puntaluno eu para el mes de septiembre. Luego, a folio 86 del plenario, tenemos una nueva consignación que se hace el 3 de octubre de 2016 por la suma de \$686.476 en donde aparece un nit de un depositante que no coincide ni con puntaluno eu ni con retroeditores, es una identificación correspondiente al número 52464457. Y, más adelante, también encontramos a folio 88 que vuelve a haber un pago el 14 de octubre de 2016, en donde se le realiza el pago correspondiente a la suma de \$693.238, pero el depositante vuelve nuevamente a ser puntaluno eu, 1900181173, cuando estamos en vigencia, supuestamente, del segundo contrato de prestación de servicios que se celebró fue con retroeditores, está el documento equivalente que corresponde al 15 de octubre de 2016, a folio 89, en donde se está realizando dicho pago. E insiste nuevamente la cuenta de cobro de la señora demandante, 15 de octubre de 2016, a folio 90, que no está dirigida a ninguna de las empresas sino al representante legal Juan Guillermo Solano Lobos, y allí le está cobrando los honorarios del 1 de octubre al 15 de octubre de 2016. Luego, hay una nueva consignación del 31 de octubre de 2016 por \$353.633, a folio 91, que también vuelve a ser nuevamente el depositante puntaluno eu, 91811736, que en algunos casos cambia porque no todo digito de verificación, pero lo demás si lo colocan. Tenemos a folio 92, un pago correspondiente al 8 de noviembre de 2016, en donde realizan un pago de \$126.667. Tenemos entonces que está demostrado que hubo pagos de los honorarios de la demandante por parte de puntaluno eu pero hubo también pago por parte de retroeditores, entonces, lo que correspondía a la remuneración de \$1.400.000 que fue pactado en los contratos y así fue aceptado por el representante legal en el interrogatorio de parte, efectivamente, era pagado por las dos empresas aquí demandadas. Entonces, tenemos que, de lo antes manifestado, **que se ratifica la existencia del contrato y que no se puede llegar a otra conclusión y es que ambas empresas y es que ambas empresas cumplieron como empleadoras de la aquí demandante, en el periodo comprendido entre el 19 de julio de 2016 y hasta la fecha en que termina el contrato, el 15 de noviembre de 2016. Y en ese orden de ideas, el despacho declarará la existencia de un contrato de trabajo en dicho periodo entre la demandante y las demandadas.** Ahora bien, la demandante en la demanda lo que está solicitando es que se declare la existencia del contrato con la reforma de la demanda, que ha de recordarse que la demanda inicial se habla del 19 de agosto de 2016 como fecha inicial, pero con la reforma de la demanda luego se establece y se solicita en el proceso es que se declare la existencia del contrato pero desde el 19 de julio de 2016 hasta la fecha en que se finalizaba o se terminaba el contrato de los 6 meses, que se inició el contrato el 19 de abril de 2016 y por tanto solicitaba que se declarara ese contrato hasta el mes de febrero de 2017, es decir, hasta el 19 de febrero. Pero, debe indicar esta operadora judicial que si bien es cierto existen estos contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes y efectivamente este despacho llega a la conclusión que lo que se buscaba con estos contratos era enmascarar una verdadera relación laboral, la que ha quedado plenamente establecida en este proceso, la prestación personal del servicio, pago de la remuneración, elementos de trabajo que se dejó claro que tenía computador, unas sillas, pero adicionalmente la carta misma de terminación de contrato nos indicó que se le señalaba que debía hacerle entrega a la señora María Juliana Álvarez de los elementos de trabajo, con ello está totalmente corroborado que efectivamente se le suministraban elementos de trabajo por la demandada y tenemos entonces que al declararse que este contrato lo que hicieron fue enmascarar una verdadera relación de trabajo, pues ellos pierden toda su validez, dejan de ser unos contratos validos porque son la simulación de una relación. Al perder su

validez, pues tampoco en los términos establecidos en cuanto a extensión del contrato o clase de contrato, no podemos decir que es un contrato de trabajo porque no se celebró como contrato de trabajo a término fijo porque se pretendió establecer o darle el nombre de contrato de prestación de servicios y al perder esta validez, se establece la existencia de un verdadero contrato de trabajo, tenemos que entonces no tiene o pierde validez el mismo, y este contrato lo declara este despacho como un contrato a término indefinido celebrado entre las partes, contrato que inicia el 19 de julio de 2016 y finaliza el día 15 de noviembre de 2016, con un salario de \$1.400.000 mensuales y a término indefinido. Ahora, tenemos que entrar a establecer el contrato termina de que manera, con justa causa o sin justa causa, y en este evento, debe indicar esta operadora judicial que considera que la terminación del contrato la considera un despido sin justa causa por las siguientes razones: primero, se alega por la parte demandada que lo que hubo fue un incumplimiento del contrato, pero recuérdese que dentro de este proceso está acreditado por las incapacidades allegadas por la señora demandante que efectivamente la demandante como obra a folio 9 del plenario, existe una primera incapacidad que se le expide el día 25 de octubre de 2016 que va hasta el 8 de noviembre de 2016, después del 8 de noviembre de 2016 se le da una nueva incapacidad que vence el 14 de noviembre de 2016, como obra en el folio 14, por 7 días, y finalmente hay una nueva incapacidad a partir del 15 de noviembre. En consecuencia, efectivamente la señora demandante está demostrado, que se encontraba incapacitada a partir del 25 de octubre de 2016, que lo corrobora la señora Omaira blanco y también lo acepta el mismo representante legal de las demandadas al confesar que efectivamente tuvo conocimiento de que para la época en que se dio en sus palabras por terminado el contrato por incumplimiento del contrato, ella si le comentaron que estaba incapacitada. Entonces, tenemos claro que si la señora demandante se encontraba incapacitada desde el 25 de octubre de 2016, no era factible que realizara las actividades que se le señalan en la carta del 12 de noviembre en cuanto a que había dejado de cumplir las funciones allí relacionadas y que en precedencia este despacho dio lectura de las mismas, porque estaba incapacitada y la incapacidad implica que la persona no está en posibilidad de ejecutar sus labores normalmente y la incapacidad es una justificación del incumplimiento o la no realización de labores encomendadas, porque precisamente es un periodo que otorgan los médicos para que la persona reponga y recupere su estado de salud. Y no es dable que la demandada señale es que no realizo sus funciones, no puso a una tercera persona, pero si es que nosotros nos vamos incluso a los contratos que celebros la señora demandante, en los contratos que le hicieron firmar a la señora demandante, los contratos de prestación específicamente en la cláusula décima, incluso, le prohibía y no la cesión del contrato como la titular, lo que allí decía era no podrá ceder parcial ni totalmente la ejecución del presente contrato salvo autorización expresa y escrita del contratante. Aquí en ningún momento se probó que la parte demandada le hubiese dicho a la señora María Alejandra puede mandar una tercera persona o usted que va a hacer, me va mandar a alguien, se lo autorizo, no hay absolutamente nada de ello. La señora demandante indicó incluso en su interrogatorio de parte, no tenía a quien enviar porque no había una persona con sus capacidades y su estado de salud no le permitía salir a buscarla. Y por el contrario la parte demandada si dice, es que nos tocó traer a una persona y poner a una tercera persona pero es que no se le había permitido a la demandante tener la posibilidad de ceder la ejecución del contrato a otra persona sin autorización de la parte contratante, aquí no hay una prueba de que la parte contratante le haya dicho a la señora María Alejandra que efectivamente efectivamente podría hacerlo y mandar una tercera persona, y lo que encuentra este estrado judicial es que de una forma bastante sorprendente a pesar de saber que hay una persona que está incapacitada desde el 25 de octubre de 2016, que para la fecha que le dicen que se termina el contrato la carta del 12 de noviembre queda terminada a partir del

15 de noviembre de 2016, ya tenían conocimiento pleno de la existencia de la incapacidad médica y aun así se pretenda señalar es que se terminó el contrato por justa causa porque la señora demandante dejó de cumplir sus funciones. Aquí hay una causa para que la señora demandante no cumpliera sus actividades laborales y no es otra que una incapacidad legalmente expedida por médico, pues este estrado judicial considera que el despido realizado por las aquí demandadas puntaluno eu y retroeditores se presenta digamos una conjunción, una unión en donde básicamente la demandante prestó servicios a las demandadas, el representante legal de las dos empresas es el mismo, el señor serrano. Tenemos entonces que el contrato termina por despido sin justa causa. Por ende, hay lugar a que se reconozca a favor de la señora demandante el reconocimiento de la indemnización establecida en el artículo 64 del cst para los contratos a término indefinido, aquellos que, y específicamente se señala que cuando se tiene un año o menos de servicios, corresponde a 30 días de salario y teniendo en cuenta el salario de la señora demandante, la remuneración pactada era de \$1.400.000, se deberá pagar la suma de \$1.400.000 por este concepto. Ahora, se reclama dentro de este proceso adicionalmente por la demandante el pago de cesantías del código 249 del cst, intereses a las cesantías del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la prima de servicios del artículo 306 cst, vacaciones artículo 186 del cst, tenemos entonces que habiéndose demostrado o establecida la existencia del contrato de trabajo, tiene derecho a las cesantías, prestaciones sociales y vacaciones correspondientes al periodo del 19 de julio de 2016 al 15 de noviembre de 2016, fecha de terminación del contrato, y por ende, tomando el salario de \$1.400.000 por 117 días laborados, las cesantías corresponden a la suma de \$455.000, sobre estas cesantías por 117 días por un 12% anual corresponden intereses de \$17.745, como prima de servicios por el mismo periodo corresponde la suma de \$455.000 y por vacaciones corresponde la suma de \$527.500 de manera proporcional. Ahora, se está solicitando en esta demanda que se condene a la demandada adicionalmente a pagar los aportes correspondientes a pensión, seguridad social por la señora demandante y en consecuencia este estrado judicial condena a la parte demandada puntaluno eu y a retroeditores s.a.s. a que debe pagar estos aportes correspondientes al periodo del 19 de julio de 2016 al 15 de noviembre de 2016, sobre el salario o un ingreso base de cotización de \$1.400.000 a la entidad de seguridad social a la que se encuentre afiliada la señora demandante o que esta escoja en las condiciones exigidas por dicha entidad de seguridad social, teniendo en cuenta que de conformidad a los artículos 15, 17 y 22 de la ley 100 de 1993 es una obligación del empleador tener afiliado al trabajador y así mismo realizar el pago de los aportes previo descuento también al trabajador de la parte que le corresponde los mismos, pero en caso de no haberlo hecho, le corresponde responder por la totalidad del aporte, por ende deberá realizar estos aportes en los términos antes indicados. Ahora, con relación a la indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990 debemos decir que no hay lugar a la misma, dado que el vínculo laboral se desarrolla dentro del mismo año 2016, no surgió la obligación de consignar a fondos de pensiones y por ende no hay lugar a esta indemnización. En relación a la indemnización del artículo 65 del cst, el cual establece que si a la terminación del contrato el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses o hasta que el pago se verifique si es menor, si transcurrieron 24 meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria a partir de la intrusión del mes 25, hasta cuando el pago se verifique. Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en

dinero. Tenemos entonces en ese orden de ideas, el despacho condenará a la demandada a pagar, si bien es cierto, la corte suprema de justicia ha indicado en sala de casación laboral, como órgano de cierre de esta jurisdicción de manera ya pacífica y reiterada, que no es una indemnización de aplicación inmediata sino se debe hacer un análisis de la conducta del empleador, llega el despacho a la conclusión de que no encuentra una prueba que permita deducir la buena fe en las actuaciones que las demandadas puntaluno eu y retroeditores, porque es que lo que se utilizó fue la figura de unos contratos de prestación de servicios que claramente estaba establecido que eran contratos de trabajo, se le daba una remuneración, se le daban ordenes, y según, cuando la señora Jennifer no estuvo sino un mes, como lo dijo la apoderada de la parte demandada, esto se suma a que la señora Omaira blanco indicó que prestaba servicios en las instalaciones de la empresa y la señora Jennifer durante el mes de septiembre o mes de octubre nos da cuenta que efectivamente si cumplía unos horarios, se le llamaba la atención si se demoraba en llegar, tenemos entonces que abiertamente era un contrato de trabajo, y que adicionalmente encuentra este despacho un manejo bastante extraño en que puntaluno eu y retroeditores la vinculan con un contrato con una empresa, luego otra empresa, hacen labores de las dos empresas, pagan por una empresa y por otra, entonces no encuentra el despacho finalmente que se pueda deducir un comportamiento o una conducta de buena fe en las demandadas y por ende condenará a las aquí demandadas virtualuno eu y retroeditores s.a.s. a que deben pagar a la señora demandante a partir del 16 de noviembre de 2016 hasta el 15 de noviembre de 2018, que han transcurrido los 24 meses, la suma de un día de salario por cada día de retardo que sumando el salario de \$1.400.000 corresponde a un salario diario de \$46.666 que corresponde por la suma de 24 meses a la suma de \$33.600.000 y a partir del mes 25 deberá pagar los intereses a la demandante de conformidad a los intereses moratorios establecidos a la tasa máxima de créditos de libre asignación de la superintendencia bancaria, a partir del inicio del mes 25 hasta la fecha efectiva del pago, estos intereses se deberán liquidar sobre la sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales que se condenan a pagar en esta demanda. Adicionalmente, también se está solicitando por la señora demandante que se le haga el pago del valor de las incapacidades que no le fueron reconocidas. Tenemos que, si bien es cierto, existen algunos pagos que se demuestra que se hicieron, corresponden es a los pagos anteriores al inicio de las incapacidades médicas de la demandante, y que adicionalmente fue aceptado que no se había realizado pagos en el momento de la terminación de la demandante, y que por la señora Omaira blanco quien dijo que se le había pagado lo laborado, pero incapacidades no se le había pagado nada. Tenemos entonces que de conformidad a las pruebas allegadas a este proceso, entre el 25 de octubre de 2016 hasta el 15 de noviembre de 2016, la señora demandante tenía expedidas incapacidades que efectivamente entonces corresponde el cubrimiento de las mismas a su empleador, pues no la tenía afiliada a seguridad social, aquí incluso encontramos que entre la empresa y la señora demandante aparecía como dependiente pero sin poder acceder como trabajadora beneficiaria en salud y solo hay una afiliación en octubre 21 que se allega a la empresa, por tanto este estrado judicial condena al empleador dado que no realizo la afiliación al sistema de salud, a que debe cubrir en consecuencia de esta falta de afiliación, las incapacidades medicas a la señora demandante, en un salario de \$1.400.000, podemos establecer en consecuencia que tiene 22 días efectivamente de incapacidad hasta el 15 de noviembre de 2016, y le corresponde una suma de \$684.366 que deben pagar las demandadas a la aquí demandante. Ahora, en relación a el pago de la indexación, se aduce el pago de las indexadas de las sumas que fueron cobijas por mora, en este caso se condenará, dado al transcurso del tiempo a que el valor de las vacaciones que se deben pagar de 227.500, debe ser pagado debidamente indexado desde la fecha de terminación del contrato y hasta la efectiva del

pago, dando aplicación a la formula establecida por la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, para la indexación de sumas a pagar a los trabajadores. Entonces, en consecuencia el despacho debe indicar que frente a las resultas del proceso y frente a las excepciones que se plantearon por la parte demandante en su defensa, las cuales hizo consistir expresamente en lo siguiente: indicó la parte demandada que interponía la ausencia del vínculo de carácter laboral, se declara no probada en este proceso, se ha declarado la existencia de un contrato de trabajo, y la inexistencia del derecho y la obligación, la de buena fe, cobro de lo no debido y genérica, las declara el despacho no probadas y por ende las costas del proceso dadas las resultas del proceso, estarán a cargo de la parte demandada, por las empresa puntualuno eu y por retroeditores, hoy puntualuno proyectos constructivos s.a.s., a favor de la señora demandante y deben ser tasadas por secretaria...”

Inconforme con esta decisión la apoderada de la demandada interpone recurso así:

*“Señora juez, no estoy de acuerdo con la decisión, respeto por supuesto la decisión, pero interpongo el recurso de apelación para ante el tribunal superior, procedo entonces a sustentar el recurso. En primer lugar, si bien es cierto se presume de acuerdo con la aplicación que le ha dado su señoría jurídicamente en esta sentencia al artículo 24 del código sustantivo de trabajo y ha determinado que la parte demandada debía desvirtuar dicha presunción, efectivamente como lo dije respeto la decisión pero difiero en la valoración de la prueba **porque se tiene en cuenta precisamente contrato o los dos contratos más bien suscritos, contratos comerciales de prestación de servicios, y de manera textual los cuales obran en el expediente, efectivamente como lo ha desglosado su señoría en las motivaciones de la sentencia, explican el objeto, el plazo, la retribución y cada uno de los ítems mencionados, pues son taxativos, se contrató con una persona absolutamente profesional, capaz, que sabe lo que dice el contrato y específicamente las cláusulas son muy claras, la cláusula decimacuarta dice naturaleza jurídica del contrato, dice: el presente contrato tiene naturaleza mercantil, rigiéndose por lo dispuesto en sus propias clausulas y no lo previsto en ellas por las disposiciones del código de comercio, leyes especiales y usos mercantiles y por remisión a lo previsto en el código civil. La señora maría Alejandra jaimes benitez, no solamente leyó el contrato, sino que lo firmó y como dice nuestra legislación, la firma de los documentos presumen la aceptación de su contenido. Es decir, que ella aceptó cada una de las cláusulas de los dos contratos, tanto el firmado inicialmente con puntualuno eu, como del segundo contrato firmado con retroeditores s.a.s, es claro para mí que no tendría sentido desgastarme sobre las posiciones jurídicas del despacho, porque pues es apenas natural que se han determinado a través del artículo 23 del c.s.t y se ha indicado que se cumplen los requisitos de un contrato realidad, pero dicha presunción no es así y no fue así de acuerdo a la voluntad expresa de las partes, tanto el contratante como la contratista, la señora demandante, porque reitero que en ambos contratos rezan exactamente cuál era esa voluntad para la cual fue contratada, como fue contratada, durante que tiempo, es un contrato temporal, es un contrato que no tiene subordinación al punto que dentro de las pruebas de interrogatorio, ella misma obviamente bajo juramento dice y quiso demostrar al despacho que se cumplían los requisitos de un contrato realidad, porque por supuesto es apenas entendible que así lo hiciera conforme a sus pretensiones, pero el señor Juan Guillermo serrano, también bajo la gravedad de juramento y categóricamente negó que se hubiere tratado de un contrato laboral, y especificó que tiene empleados de planta en sus empresas, es decir, contratados bajo la modalidad laboral normal y también tiene contratistas de***

prestación de servicios para labores específicas, como fuere este contrato que se dice que cuyo objeto era para prestar los servicios de comunicadora para redes sociales en la ciudad de Bogotá y de acuerdo al objeto de ambas empresas, es claro que estas empresas se dedican a vender proyectos inmobiliarios, estas empresas venden las construcciones de otras empresas que construyen proyectos inmobiliarios en esta ciudad y en otras ciudades del país, y por supuesto de acuerdo con su objeto es claro que se necesitaba una persona para determinados proyectos en un tiempo determinado también. No es cierto como se quiere hacer ver por el despacho que se enmascaró, porque no, no es así, **y mucho menos la mala fe de que habla la sentencia cuando condena a pagar una indemnización presume la mala fe cuando en realidad se debe presumir la buena fe.** No entiendo como a las pruebas apuntan a una supuesta mala fe, teniendo en cuenta dizque el hecho de que se hubiesen contratado con dos nombres comerciales diferentes y que el representante legal de las dos empresas sea el mismo. Eso en nuestro país es absolutamente normal, estas son empresas de una trayectoria de muchos años y no por eso son de mala fe, por el contrario, se pudiera determinar que estas empresas no tienen ni una sola demanda laboral, siempre han sido respetuosas de los derechos de los trabajadores y por eso es que se hacen este tipo de contratos específicos para los contratistas, porque si tiene empleados de planta como bien lo dijo la testigo Omaira blanco, y no es cierto y no se puede bajo ningún criterio, presumir la mala fe por ese hecho. Son dos personas jurídicamente diferentes. Ahora bien, no existe ese contrato realidad que se ha declarado en esta sentencia, sino que por el contrario se probó por parte de la parte demandada que es un contrato comercial de prestación de servicios como sus textos lo indican en cada uno de estos contratos que obra como prueba documental, además con las documentales que reitero no fueron valoradas por el despacho de una manera conjunta, sino que simplemente se tomó la presunción del artículo 24 y con eso bastó para condenar a la parte demandada, **no se valoraron las pruebas documentales aquellas donde la demandante acredita las cuentas de cobro y los soportes de las afiliaciones por cuenta de ella como independiente.** Eso sí, tampoco se tuvo en cuenta que la señora María Alejandra Jaimes allegó de manera inexplicable, unas cuentas de cobro de los primeros días o meses de trabajo, cuando pasó sus primeras cuentas de cobro, allegó una certificación de eps sanitas, donde extrañamente aparecía como cotizante dependiente, suspendida además como cotizante dependiente, pero quiso hacer ver esa prueba como el requisito que se nos exige a los trabajadores independientes para acreditar una cuenta de cobro que sea pagable en este tipo de contratos de prestación de servicios. Nunca existe ni en la prueba documental ni el interrogatorio las respuestas recibidas de la demandante, una respuesta que pueda desvirtuar esta razón de que ella no entendía que era un contrato de prestación de servicios. Si bien la ley nos ampara y está bien, estoy de acuerdo con que la ley presuma este tipo de contratos para ciertas conductas que han utilizado muchas personas para contratar los servicios de otras, este no es el caso de las empresas demandadas en este proceso, por el contrario, el contrato siempre fue claro y la calidad de la persona demandante es una persona absolutamente idónea que sabe la diferencia, un periodista, un comunicador social es la persona que más sabe leer, que más sabe entender y que más sabe comunicar, ella no puede escudarse en que no entendió o no le pareció, y más aun como lo dijo en el interrogatorio que no se había dado cuenta que se trataba de retroeditores el segundo contrato, sino que ella seguía asumiendo que era puntaluno por más que las instalaciones de la empresa sean las mismas, el contrato reza textualmente quienes son las partes, es más, lo dice en su parte introductoria, lo dice en su parte final cuando firman, no puedo creer que cuando firma no se diera cuenta, o sea eso es absurdo, eso no se puede aceptar de la calidad de persona de María Alejandra, es una persona absolutamente capaz. Ahora bien, en cuanto a los elementos del supuesto

contrato laboral, no existe la subordinación, pues si bien es cierto, la señora demandante obviamente tenía que defender su posición, también es cierto que su amparo probatorio frente a esa supuesta presunción es el testimonio de la señorita Jennifer Andrea, quien declaró en este despacho, dicha persona apenas estuvo un mes y ese mes ni siquiera coincidió con los días en que se supone la señora María Alejandra estaba en las instalaciones. En primer lugar, la señora Jennifer se refiere a que ella estaba en un segundo piso, y las empresas de Puntaluno estaban en un sexto piso. Entonces estando en un segundo piso y es cierto porque este edificio todo el piso es del señor Juan Guillermo Serrano y sus empresas, entonces estaba en el segundo piso desarrollando una labor para el señor Juan Guillermo Serrano como persona natural, estaba totalmente en un espacio totalmente diferente declarado por ella misma bajo juramento y sin embargo dice que estaba en el 6º piso mirando, yo no entiendo como estando en un segundo piso puede ver lo que pasa en el sexto piso, y como de los días que no vino porque la señora María Alejandra estaba incapacitada, se supone que la otra señorita la vio entrar y salir en un horario exacto, almorzaban juntas y demás cuando eso así no es. Entonces, esa subordinación de que habla como elemento constitutivo del contrato laboral no existe de acuerdo con la prueba testimonial, y es esa prueba que se ha tenido en cuenta por el despacho para declarar que la parte demandada no desvirtuó la presunción del artículo 24. Ahora, en cuanto a que se tenía un equipo de trabajo, unos elementos de trabajo, el mismo contrato dice que se le suministraría a la contratista los elementos de trabajo y las piezas que necesitaba para ejercer su trabajo, es apenas lógico que si una persona viene a trabajar a una empresa donde hay muchos computadores y muchos escritorios se pueda usar uno de ellos cuando esté dentro de las instalaciones de la empresa y eso no desvirtúa para nada la existencia de un contrato de prestación de servicios. La subordinación entonces no existió, la señora María Alejandra podía desarrollar su actividad desde cualquier parte del mundo y si bien es cierto la cláusula décima, tantas veces endilgada como motivante de que la señora María Alejandra no podía desarrollar su actividad por interpuesta persona, o desde cualquier otro lugar diferente a las instalaciones de las empresas, no se refiere exactamente a que no pudiera realizarla, sino que no podía ceder la totalidad del contrato, es decir, darle la responsabilidad total a otra persona, la cesión implica todo el contrato, no solamente la actividad específica de desarrollar el montaje de la publicidad en unas redes sociales, se está malinterpretando, se está presumiendo realmente que la parte demandada tuvo además la fe y bajo esa presunción se le ha condenado a pagar unas indemnizaciones y unos derechos laborales que en realidad no corresponden a los presupuestos que ha establecido el artículo 53 de la Constitución Nacional, porque si bien es cierto nuestra Constitución protege nuestros derechos fundamentales y los derechos laborales, en este caso no se puede aplicar porque lo que si existe es una contradicción en las pruebas tanto de interrogatorio como testimonial que dejan mucha duda respecto de esos elementos que tienen que constituir un contrato realidad, este contrato si es de prestación de servicios, se especificó la voluntad de las partes, el señor Juan Guillermo Serrano fue enfático en decir que si se le había prestado un equipo, si podía desarrollar su labor desde cualquier parte y la señorita María Alejandra nunca pidió, solamente se limitó a enviar su incapacidad pero no propendió por una solución a la efectividad de su contrato, al desarrollo de su labor, entonces, comoquiera que el contrato de prestación de servicios lo que debe tener es una obligación de hacer, este cuando se lee el texto de ambos contratos allegados al proceso como prueba se determina claramente cuál era esa obligación, cuáles eran las obligaciones de ambas partes, en el caso de la parte demandante es muy específica lo que ella tenía que hacer, no es cierto y se puede ratificar con la evaluación de las pruebas de manera conjunta, no es cierto que la señora desarrollara otras actividades diferentes a la comunicación de las redes sociales y lo que tenía que ver con la

*publicidad, ella en su respuesta a su interrogatorio el día de ayer manifestaba que también realizaba ventas, atendía clientes, y eso es absolutamente falso, ya que todos los proyectos cuya publicidad se le encargo y era realmente su labor se venden en las salas de ventas como es ampliamente conocido, es un hecho notorio en Colombia y en Bogotá, todas las ventas se hacen directamente en la sala de ventas donde se atiende a los clientes y se organiza todo el tema de la venta de un inmueble, entonces, es contradictorio cuando ella dice que operaba como vendedora también, que tenía que ejercer esas funciones también, supuestamente por orden de su contratante, cuando también dice que no le permitían supuestamente moverse de la oficina, que ella tenía que cumplir un horario en la oficina, que tenía que estar ahí de 8 a 5 y escasamente podía salir a almorzar. Ahora, también dice que no podía ni siquiera pedir permiso para ir al médico, pero es totalmente falso, porque como se explica entonces que haya justamente tenido una incapacidad médica, pues obvio que tuvo que ir al médico y no le tenía que pedir permiso a nadie, no existe en el expediente una sola prueba que diga que le pidió permiso a Omaira blanco o a Juliana para irse a su médico, ella simplemente fue a su médico, la incapacitaron obviamente debe ser así, conforme aparece en las incapacidades en el expediente, pero nunca el contratista le preguntó porque está en el médico, para donde va, a qué horas viene, absolutamente nada, tanto el señor Juan Guillermo Serrano como la señora Omaira Blanco fueron enfáticos en explicar y en decir bajo la gravedad de juramento que no le exigían ni el cumplimiento de horario, ni permisos y la señora Juliana quien era quien simplemente supervisaba el contrato le exigía este tipo de permisos, es decir, no había una subordinación. Así las cosas, señora juez, **apelo la sentencia porque no estoy de acuerdo con la aplicación que se les dio a los hechos a la presunción que se estableció en esta motivación de esta sentencia y por supuesto en este fallo, no existe un contrato realidad, lo que existe es un contrato de prestación de servicios tal cual lo reza la voluntad de las partes, y existe prueba documental suficiente, así como el testimonio de la señora Omaira Blanco, que si desvirtúan la presunción. Me reservo el derecho de ampliar la sustentación del recurso ante el superior, muchas gracias, señora juez.** “*

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá el recurso de apelación, que fue sustentado en la audiencia, precisando desde ya que en esta instancia no hay lugar a ampliar argumento alguno, luego no le permite la ley a los apoderados reservarse un derecho que no existe. No sobra agregar que lo único permitido es la presentación de alegatos de instancia no ampliación de recurso.

En consecuencia y dada la sustentación se resolverán solo los dos puntos de apelación esto la existencia de un contrato de prestación de servicios y la presunción de buena fe que exoneraría de la sanción moratoria impuesta, se itera únicos puntos a resolver pues a eso se limitó el recurso.

Del contrato de prestación de servicios

Afirma la recurrente que la Juez se equivocó en la valoración de la prueba y por ende en la aplicación de la presunción por cuanto en este caso, de un lado dice se desvirtuó y de otro asegura no podía acudir a la norma en un confuso por demás argumento.

Efectivamente el eje central de la litis en la primera instancia fue la determinación de existencia o inexistencia de un **contrato de trabajo**, hecho que desde el inicio se expresó en la demanda por la parte actora, mientras que la demandada lo negó insistentemente asegurando que el contrato fue de prestación de servicios y desarrollado de manera autónoma.

Efectivamente y desde ya se advierte en criterio de esta Sala le asiste razón a la Juez de primera instancia que en un juicioso análisis se refirió a los elementos del contrato (art 23 CST) y a la presunción establecida en el art 24 del mismo ordenamiento, encontrando que se había demostrado en el proceso la prestación del servicio y los extremos en que se desarrolló; pues contrario a lo sostenido en el recurso justamente son esas las normas a aplicar ya que se recuerda eso era lo discutido y ese es el fundamento jurídico y no otro al que debe acudir.

Efectivamente es claro, que tratándose de la existencia de contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y iii) el último de los elementos es el salario como retribución del servicio y también lo es que una vez reunidos estos tres elementos, -señala el artículo 23 del CST,- **se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (Es decir así se le denomine de prestación de servicios o se celebre intuito personae, pues esto antes que desvirtuarlo lo confirma)**. (Resalta la Sala).

Y es esto que resalta la Sala lo que la recurrente parece pasar por alto, pues insiste en que la demandante leyó y firmó el contrato y que dadas sus calidades sabía que firmaba y otras afirmaciones, que no dejan de ser eso simples afirmaciones carentes de sustento; toda vez se itera que así se haya denominado contrato de prestación de servicios y la actora lo haya suscrito y esa haya sido como dice la apelante el acuerdo de voluntades, en el desarrollo del mismo no fue eso lo que se desarrolló sino un verdadero contrato de trabajo, lo que se conoce como “primacía de la realidad” que de vieja data ha aclarado la doctrina **sin que sobre recordar entonces a Mario de la Cueva quien al desarrollar el pensamiento de Molitor y de Scelle señaló: “la existencia de una relación de trabajo, depende, en consecuencia no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el situación se encuentre colocado y es que, como dice Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento . De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor”.**

Teniendo en cuenta lo anterior y demostrado el primer elemento esencial del contrato, esto es la prestación del servicio, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 del CST, **la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.**

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, **le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada, o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.**

En consecuencia, no es que la Juez no hubiese valorado la documental, esto es los contratos o las cuentas de cobro que pasó la actora o el hecho de tener una afiliación como independiente, lo que pasa es que dado su análisis y sobre todo dado que la demandada no logró demostrar lo contrario; pudo concluir que en verdad se trató con ello de disfrazar un verdadero contrato subordinado, esto es de trabajo.

Y es que no sobra recordar que al trabajador le basta con probar el primer elemento del contrato, esto es la prestación de servicio, para que se abra en su favor una ventaja probatoria en cuanto a la existencia del contrato y que en este caso; dicho elemento no solo fue aceptado por la demandada, sino que también se encuentra apoyado con las demás pruebas. Así se itera lo ha aclarado la jurisprudencia, con sentencias esas sí aplicables y que datan de 1959 (dic 16), cuando la H Corte señaló:

*“Si para configurarse la existencia de un contrato de trabajo fuese indispensable la demostración plena de los tres elementos o requisitos fundamentales señalados por el artículo 23 del Código sustantivo del Trabajo, ello significaría que la norma del 24 sería inoperante e inocua. Por el contrario, con la demostración del servicio, **se presume el contrato de trabajo, sin que sea necesario, en general producir la prueba de subordinación**”.*

Si la parte en contra de la cual obra la presunción, es decir la que alega que el contrato no era de trabajo, nada hace para desvirtuar esta presunción legal, mediante la demostración del hecho contrario, debe inevitablemente sufrir las consecuencias adversas de la decisión del litigio, pues está definido ya que al trabajador le basta con probar la prestación del servicio.

Y es que el tema de la prueba también ha sido aclarado tiempo atrás por la jurisprudencia, quien desde 1965 en sentencia de abril 9 indicó que el artículo 24 del CST solo otorga una ventaja probatoria y no define necesariamente la contienda. Se dijo en esa oportunidad:

“La presunción legal a que se refiere el artículo 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. **Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual...**”

Es claro entonces que la documental que asegura la recurrente básica para desvirtuar la presunción no lo es y por el contrario, y atendiendo los medios de prueba traídos al proceso encontramos que efectivamente operó la presunción de existencia del contrato, **sin que ninguna actividad probatoria desplegara la demandada, fuera de tales documentos y la de la testigo Omaira Blanco** que en sí, no alcanzan a destruir la presunción pues se reitera una vez más: el contrato de trabajo es un contrato realidad y prevalece sobre cualquier denominación que quiera dársele.

Vale aclarar, que contrario a la afirmado por la recurrente, la testigo OMAIRA MILENA BLANCO, quien es la Directora administrativa de las demandada no desvirtúa la presunción, pues dirige su esfuerzo a explicar el por que ola razón de las dos empresas y contratos, para finalmente como señaló la Juez aceptar las funciones de la demandante en manejo de redes y promoción de inmuebles y proyectos de construcciones y que le eran asignadas las labores, aceptando además la asignación de elementos de trabajo, que aunque luego dijo no recordar, terminó aceptando cuando indicó que había varios computadores y que la demandante podía usar cualquiera de ellos, sin que lo manifestando en cuanto la posible asignación de remplazo para laborar por parte de la actora, alcance a desvirtuar la presunción, más cuando esta establecido que nunca sucedió.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia en este aspecto pues lo expuesto en el recurso no tiene la fuerza para quebrarla.

DE LA SANCION MORATORIA

Encuentra la Sala procedente la sanción moratoria, toda vez que la conducta de la demandada, **no aparece guiada por buena fe**, por el contrario la pasiva pretendió con los contratos ocultar una verdadera relación de trabajo, sin que de manera alguna haya presentado razones que justifiquen su actuar omisivo en el cumplimiento de las obligaciones a su

cargo, y es justamente en eso en lo que se equivoca la recurrente pues si bien es cierto y efectivamente constitucionalmente la buena fe se presume, en este caso de omisión en pago de derechos laborales, no es tampoco que se presuma la mala fe, **sino que la buena fe debe probarse, lo que no hizo la demandada, quien se le limitó a afirmarlo, sin que las pruebas así lo indiquen, por lo que se confirma la decisión sin más razones por innecesarias.**

Sin costas en esta instancia

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO


LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26-2019-736-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSÉ ANTONIO DÍAZ SOSA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, Porvenir S.A., entidad que solicita se confirme la sentencia y Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ ANTONIO DÍAZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

afiliación que realizara en septiembre de 1998 a la AFP Colfondos S.A., por incumplimiento de los deberes legales de información, los que generaron un vicio en su consentimiento, que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones, que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y tiene derecho a que se le reconozca pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Colfondos a registrar en su sistema que su afiliación es nula, ordenando a Porvenir S.A., proceder en igual forma y efectuar el traslado a favor de Colpensiones por él efectuados en dicho régimen, junto con rendimientos y a esta última a activar su afiliación en pensión y reconocerle dicha prestación bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 15 de julio de 2012. (fls. 2 y 3).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 15 de julio de 1952 e inició a cotizar a favor de Cajanal en el año de 1973 y al ISS desde noviembre de 1985 a febrero de 1998, contando a 1 de abril de 1994 con más 40 años de edad y 1000 semanas de cotización, por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; indica que en enero de 1998, firmó formulario de afiliación ante Colfondos, ya que esta administradora le indicó que dicho traslado le era más favorable a su situación pensional, que para dicha data contaba con más de 1200 semanas cotizadas y 46 años de edad; que para promover su traslado le señalaron erróneamente que su mesada pensional en el RAIS, correspondería al 106.95% de su IBC, mientras que en el RPM, correspondería al 72.71%, que no se tuvo en cuenta su calidad de beneficiario para entonces del régimen de transición, permaneciendo desde dicha anualidad afiliado al RAIS con la convicción de que se pensionaría en mejores condiciones que en el RPM.

Afirma que durante su vinculación al RAIS, nunca se le señaló las ventajas de estar afiliado al RPM, máxime que para la fecha del traslado al primer régimen en mención ya había acreditado los requisitos para pensionarse conforme el Acuerdo 049 de 1990, no se le puso de presente que dicho traslado le



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

implicaría la pérdida de su calidad de beneficiario del régimen de transición, a pesar de que Colfondos conocía el número de semanas cotizadas por él al RPM y su promedio salarial, que tampoco le informó las desventajas que le podría acarrear su traslado y efectuó cotizaciones a la AFP en mención hasta el 30 de agosto del año 2000, luego a favor de Porvenir hasta junio de 2004, que en el año 2005, solicitó ante Porvenir reconocimiento pensional anticipado y en el año 2006 esta AFP le indica que para poder acceder a dicha prestación debe negociar el bono pensional, indicándole en septiembre de 2006 que su pensión sería reconocida en la modalidad de retiro programado en cuantía de \$1.756.932 a pesar de que el último salario con el que cotizó ascendió a \$11.921.828.

Refiere que al momento de traslado no se le indicó que la consolidación de su derecho pensional, requería del bono pensional, como tampoco que al llegar a los 62 años, su mesada pensional sería ajustada de forma creciente por cuanto a dicha data se redimiría el bono pensional, que el 31 de julio de 2014, la Afp Porvenir le indicó que a su cuenta de ahorro individual le habían abonado la suma de \$40.956.000, pero a pesar de ello su mesada pensional, no fue reajustada, por lo que decidió para dicha anualidad contratar una asesoría pensional, en la que se percata que en RPM, hubiera recibido una mesada pensional de \$8.814.452 y la que se encuentra devengando en el RAIS, asciende a \$1.736.000, dándose cuenta que la promesa efectuada por Colfondos y Porvenir al momento de su traslado a estas era falsa, pues su mesada pensional no fue mayor a la que le hubiera correspondido en el RPM.

Indica por último que el 7 de abril de 2017 solicitó a Colfondos estudiar su caso, igual solicitud elevó ante Porvenir y a Colpensiones le solicitó reconocimiento pensional, a lo que esta última le respondió que su solicitud no era procedente. (fls. 4 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 4,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

29, 36 y 37 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl. 147).

Por su parte, Colfondos S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 4, 17, 20, 26, 29 y 34; negó los No. 7 a 11, 13 a 16, 19 y 27 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las de validez a la afiliación al RAIS, buena fe, prescripción, intangibilidad del bono pensional, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. (fl. 188)

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 22 y 24, negó los No. 6, 21, 23, 25, 28, 30 a 33 y, manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y compensación. (fl. 219).

El litisconsorte Ministerio de Hacienda y Crédito Público, negó los hechos No. 6 y 33 y manifestó no contarle los demás; se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, incumplimiento de la carga de la prueba, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de vicios del consentimiento, prescripción de la acción de nulidad y/o ineficacia, firmeza del bono pensional, reintegro y buena fe. (fl. 345).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante. (fl. 371).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En primer lugar, debe anotar el despacho que este estrado judicial ha acogido la tesis esgrimida por la corte suprema de justicia, en el sentido que en este tipo de procesos en los cuales se solicita la nulidad o ineficacia del traslado, debe analizarse si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz. Es así que en la sentencia SL12136 del 3 septiembre de 2014, la corte suprema señaló lo siguiente: “A juicio de esta sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.” Así mismo, la sentencia 68852 del 2019, la corte señaló: que debe analizarse cada caso en concreto, con el fin de establecer el momento histórico en el cual se realizó el correspondiente traslado, con el fin de analizar si el fondo de pensiones cumplió con su obligación legal.

En ese caso, debe acreditarse que efectivamente se brindaron al afiliado las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, así como una diferencia entre las características de uno y otro régimen, y en caso de pertenecer al régimen de transición, establecer si el mismo fue explicado en forma oportuna. Así las cosas, este despacho analizará el caso en concreto con el fin de establecer si efectivamente se cumplieron con dichas características y si el demandante saneo cualquier irregularidad, en virtud de la pensión que viene percibiendo. Sobre este punto, en primer lugar, anota el despacho que efectivamente el demandante se trasladó al fondo de pensiones Cajanal, en ese momento, a el fondo de pensiones Colfondos, tal y como se desprende de las documentales aportadas por las partes, en las cuales específicamente se encuentra el formulario de afiliación que da cuenta que el demandante tomó la decisión de trasladarse de Cajanal a Colfondos en el año de 1998, específicamente el 26 de enero de dicha anualidad, tal y como se desprende del folio 207 del plenario, en el que da cuenta que el demandante se trasladó de régimen pensional. Lo anterior igualmente es ratificado con la certificación emitida por Colfondos en el que señala que el demandante suscribió el formulario de afiliación el 26 de enero de 1998, efectivo a partir del 1 de marzo de esa misma anualidad; momento en el cual, es decir para 1998, al demandante sin que existiera una obligación legal de la demandada en ese punto, le brindó una proyección de una pensión según el sistema pensional, documento que fue aportado por las partes y el cual obra a folio 55, en el cual se presenta una proyección de la mesada pensional.

Con posterioridad a este traslado, el demandante se trasladó al fondo de pensiones porvenir en el año 2000, tal y como se desprende de los documentos aportados por las partes que dan cuenta que efectivamente el demandante se trasladó el día 15 de septiembre de 2000, al fondo de pensiones y cesantías horizonte. En primer lugar, de los formularios de afiliación no se puede desprender o no se colige que efectivamente al demandante se la haya brindado las características propias del régimen de ahorro individual o una diferenciación con el régimen de prima media. Lo anterior por cuanto lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, el consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, toda vez que se debe acreditar un consentimiento debidamente informado, es decir, las demandadas tanto Colfondos como porvenir deben acreditar que le brindaron al demandante la información respecto de las características del régimen de ahorro individual y que el demandante tomó su decisión en virtud de dicho consentimiento debidamente informado. Ahora, este despacho igualmente ha sostenido en otros pronunciamientos que cuando el afiliado o el demandante es beneficiario ya de la pensión de vejez, cualquier irregularidad ha sido saneada, lo anterior teniendo en cuenta que la parte acepta las condiciones propias del régimen de ahorro individual al momento de percibir la primera mesada pensional. Lo anterior, considera este despacho, que es ratificado en el presente asunto, toda vez que los documentos se desprende que efectivamente el demandante si tenía conocimiento de las características propias del régimen de ahorro individual. Lo anterior, se puede establecer de los documentos visibles a folios 277 y siguientes, que hacen referencia a los derechos o a las peticiones elevadas ante Porvenir, en el cual solicita el reconocimiento y pago de una pensión anticipada de vejez y la redención anticipada de su bono pensional. Esto, da cuenta que el demandante para dicho momento y para el momento en que se afilio a los fondos pensionales del régimen de ahorro individual, tenía conocimiento de la existencia de una pensión anticipada que es una de las características fundamentales de dicho régimen y una de las características que mas desean sus afiliados en el sentido de poderse pensionar antes de lo señalado en la ley 100 de 1993 o en el régimen de transición.

En el presente caso se tiene que el demandante desde septiembre de 2005, cuando contaba con 53 años de edad, es decir antes de la edad de jubilación establecida tanto en la ley 100 como en el régimen de transición, solicito al fondo de pensiones que se hiciera el correspondiente tramite, así dan cuenta los documentos en los cuales el demandante eleva dicha solicitud y en los cuales también el fondo de pensiones le informa que sería una redención anticipada de su bono pensional, toda vez que la redención real o la redención normal sería en el año 2014, como se puede apreciar en el folio 279 del plenario. El demandante continuo con su deseo de ser pensionado en forma anticipada, como se puede observar de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

los documentos, tan es así que elevó o presentó una acción de tutela contra el fondo de pensiones horizonte y contra la nación ministerio de hacienda y crédito público, oficina de bonos pensionales, en las cuales pidió que se efectuara el correspondiente trámite del bono pensional, como se puede observar a folio 290 en el cual figura la sentencia emitida por el tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, sala penal, en la cual se ordena tanto a horizonte como a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público que se haga el trámite correspondiente para la emisión del bono pensional de la aquí demandante y se resuelva la solicitud del reconocimiento pensional.

Es así que el fondo de pensiones realiza el correspondiente trámite y le reconoce y paga al demandante la pensión anticipada a partir del mes de septiembre de 2006, la cual fue aceptada por el actor, tal y como se desprende de los documentos visibles a folio 309 y siguientes del plenario, y ya en el año 2014 se efectúa la correspondiente reliquidación en la cual al demandante le informan el valor de su mesada pensional a partir de dicha data. Así las cosas, considera este despacho que con estas breves consideraciones, debe absolverse a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, toda vez que si bien no se encuentra acreditado en forma fehaciente que para el año 1998 se le haya brindado las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, considera este despacho que si se demostró que por lo menos se le dieron a conocer algunas de las características principales y que el demandante tenía conocimiento de las mismas y que se subsanó cualquier falencia presentada, toda vez que el actor solicitó el reconocimiento y pago de su pensión anticipada de jubilación, la cual ha sido pagada por el fondo de pensiones porvenir. En consecuencia, bastan estas breves consideraciones para absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, toda vez que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado al haberse acreditado que efectivamente se le brindó la información necesaria y que además el demandante ratificó dicha solicitud con el reconocimiento y pago de su mesada pensional. En cuanto a las pretensiones subsidiarias, el despacho considera que no se hace necesario analizar dichas pretensiones, toda vez que no hay lugar a analizar si el demandante es beneficiario o no del régimen de transición, al no declararse la ineficacia o nulidad del traslado. En cuanto a la demanda de reconvenición, el despacho igualmente, en este caso, absolverá al demandante de dichas pretensiones, toda vez que las mismas dependían de la demanda principal o que se accediera a la nulidad o ineficacia del traslado. En cuanto a las excepciones el despacho se releva del estudio de las mismas, teniendo en cuentas los resultados del proceso. En cuanto a las costas, el despacho condenará a la parte demandante en costas, las cuales serán repartidas en un 25% a favor de cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante señaló:

En primera medida, quiero hacer un recuento de los hechos que fueron desglosados en la demanda y que dieron origen al presente litigio, en el entendido de que el señor José Antonio Díaz nació el 15 de julio de 1952, lo que hace que para el 1 de abril de 1994 contara con más de 40 años de edad, segundo, que para el 1 de abril de 1994 acreditaba 1000 semanas de cotización, es decir, más de 15 años cotizados, por lo cual era beneficiario del régimen de transición por la doble condición. Adicional a esto, quiero hacer la precisión o la aclaración que el demandante estuvo vinculado a Cajanal desde el 25 de agosto de 1973 hasta el 28 de diciembre de 1984, que posteriormente el demandante se vinculó al ISS hoy Colpensiones, el 1 de noviembre de 1985, vinculación que permaneció hasta el 28 de febrero de 1998. Teniendo en cuenta estas precisiones, en el año 1998 a principios del mismo, el señor José Antonio Díaz firma formulario de vinculación a la AFO Colfondos, motivado por engaños que se presumen de los asesores comerciales de esta administradora, comoquiera que para ese momento de la vinculación la AFP Colfondos le aseguró al demandante a través de una proyección comparativa de su pensión entre los dos regímenes pensionales existentes, que su mesada pensional en el fondo privado de pensiones a los 60 años de edad sería de, correspondería casi que al 100% del salario o el ingreso que devengaba. Comparándolo con ISS en la cual su pensión podría llegar a reconocerse sobre el 72% del que venía devengando, proyección que se hace con base a que al momento de la vinculación el demandante ya contaba con 1200 semanas cotizadas y con 46 años de edad, es decir, que solamente le restaba cumplir el requisito de la edad para poder así acceder a una mesada pensional en Colpensiones.

Ahora bien, de los interrogatorios de parte rendidos, del interrogatorio de parte rendido por la representante legal Colfondos se pudo esgrimir que al demandante pues no le pusieron de presente las ventajas que le representaría el mismo pertenecer al régimen de prima media administrado por Colpensiones en ese momento el seguro social, que tampoco se le puso de presente como hubiera sido su mesada pensional en caso de que se hubiera tenido en cuenta el beneficio de la transición, que también la permanencia de esa vinculación por el demandante, en la AFP Colfondos, fue bajo la convicción y el entendido de que se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensionaria en mejores condiciones que las que hubiera podido adquirir ante el seguro social, esto lo fundamento bajo la premisa de que le hicieron una proyección en donde le indicaban eso, que la mesada pensional o mejor escenario a alcanzar, lo alcanzaba era con la AFP Colfondos y no con el seguro social. Lo cual se encontraba totalmente sesgado. Por ende, también pues en ese orden de ideas, no le informó al demandante la conveniencia de regresarse a Colpensiones, administradora del régimen de prima media, quien le hubiera podido garantizar, bajo el beneficio de la transición, una mejor pensión o derecho pensional, comoquiera que en esta él podía acceder a las condiciones pensionales sea de la ley 71 del 88 o también el acuerdo 041 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, y eso en el entendido la nueva posición que maneja la corte suprema de justicia.

Adicional a esto, bajo las mismas convicciones el demandante se trasladó a la Afp Porvenir, en el entendido de que la misma se le iba a garantizar estos mismos presupuestos, es decir, esta misma información sesgada de la Afp Colfondos, se mantuvo en la Afp Porvenir. Ahora bien, el demandante si solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, pero lo hace bajo el entendido o esa presunción de que su mesada pensional sería muchísimo mejor que la que pudiera otorgar el seguro social, condición que se materializa y se alcanza una vez la afp le entregue la carta en donde se le indica el reconocimiento de la pensión. Adicional a esto, como el demandante se esta pensionando de manera anticipada, los asesores de la afp porvenir le pusieron de presente que debía negociar el bono pensional de manera anticipada y que una vez el bono pensional cumpliera esa redención normal, iban a ingresar a su cuenta de ahorro individual un monto de dinero, monto de dinero que equivalía a \$40.956.000, con el cual se suponía que la mesada pensional que le habían reconocido en el año 2006 iba a ser reajustada a estimado el demandante esas proyecciones que motivaron la vinculación al rais. En ese orden de ideas, su señoría, en este punto particular y concreto, también de este acto jurídico, se derivan vicios que pueden llegar a viciar este acto jurídico celebrado; entonces, esta apoderada judicial no acepta el argumento dado por el juzgado en el sentido de decir que el demandante convalidó o ratificó esa vinculación o fue asesorado o saneado. Adicional a esto, su señoría, téngase en cuenta que por el trámite o la característica que nos compete acá, es decir, el acto jurídico que se está celebrando está relacionado con el reconocimiento de una prestación que ampara el riesgo de vejez y por ende esta inmersamente relacionado con el derecho a la seguridad social de una persona que debe garantizar nuestra constitución política, en ese orden de ideas, la prestación debe ser acorde y favorable a los mejores beneficios y las mejores condiciones del demandante. Si esto no se desprende de aquellos formularios e inclusive, no solo de los documentos sino de los interrogatorios de parte rendidos por las apoderadas o las representantes legales de los fondos, no se colige que fue debidamente asesorado o informado el demandante sobre todos los elementos necesarios para que él tuviera la potestad de elegir con exactitud qué régimen pensional le favorecía más. Adicional a esto, su señoría, el demandante no se percata de este vicio en su consentimiento, no en el momento en que le reconocen la pensión, su señoría, sino que esto viene a suceder en julio de 2014, donde el demandante esperaba que ingresara un dinero de su bono pensional, el cual le hubiera hecho base para poder reliquidar la mesada pensional a la cual tenía derecho, estimando que iba a ser la proyectada en ese momento; Lo cual, no sucedió sino que por el contrario, se mantuvo el reconocimiento de la mesada pensional en tan solo \$1.736.000, en ese momento, es donde el demandante cae en cuenta de los engaños que le profirió las aquí demandadas, incluyo a porvenir, comoquiera que dentro de la misma vinculación en porvenir, esa desinformación se mantuvo y no se logró probar dentro del presente proceso que fuera en contrario.

En ese orden de ideas, su señoría, es en el 2014 donde el demandante conoce los beneficios que el pudo haber accedido en el régimen de prima media administrado por Colpensiones. El código civil colombiano, dentro de los requisitos que establece para obligarse, esto es, el artículo 1502, establece aquel del consentimiento, entonces en ese orden de ideas, puede estar viciado el consentimiento por error, fuerza o dolo, que en este caso particular y concreto, se estima que el vicio del consentimiento recae en ese error de hecho, en la especie o bajo el acto celebrado, y cito textualmente el artículo 1510 del código civil, en el cual dice: el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y otra donación; sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra. Entendiendo esta pequeña definición en nuestro caso concreto, nótese que la expectativa del demandante que se materializaba en el momento en que el pudiera acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, esto es, a los 60 años que fue el comparativo que hizo Colfondos, al demandante en el momento de vinculación, se le vendió una cosa y al momento de acceder al cumplimiento de ese contrato, resulto ser otra. Por ende, se entiende que ese acto jurídico se encuentra viciado y el mismo debe contarse desde el momento en que se enteró de esos errores cometidos por las administradoras, viene siendo cuando el conoce en realidad que beneficios pudo haber tenido en el régimen de prima media con prestación definida, que no son mas que un beneficio de la transición, mas que le hubiera permitido alcanzar al menos una pensión que le hubiera estimado una tasa de reemplazo del 90% de su ingreso base de liquidación, o inclusive si lo mencionamos con la ley 71 de 1988, pudo haber tenido un porcentaje del 75%, lo cual es mas acorde a la vida laboral y los aportes que el ha venido realizando.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Adicional a esto, su señoría, en la historia laboral del demandante, se denota que el ha venido cotizando con unos salarios constantes, por ende no tenía porque desfigurarse, por decirlo de alguna manera, esa proyección que en algún momento le había hecho Colfondos. Por lo cual, la misma se entiende que estaba imprecisa, inexacta y en ese orden de ideas, el deber de información no radica solo en entregarle las características básicas que dice la norma, sino que adicional a eso, debían explicarle como poder administrar un régimen nuevo, un régimen eminentemente de capitalización para que el demandante fuera consciente de que condiciones tenía que cumplir para poder acceder la mesada pensional que en ese momento le estaba ofreciendo Colfondos, lo cual tampoco se logró probar y tampoco se hizo al demandante, de hecho.

Ahora bien, su señoría, también es importante mencionar que en estos casos la Corte Suprema de Justicia también ha indicado que omitir este mencionado deber de información deriva de la declaratoria de ineficacia, en tanto, para que el acto jurídico exista y produzca los efectos jurídicos propios de su naturaleza, se requiere que el respectivo acto se encuentre completamente consolidado en los elementos esenciales, sin vicio alguno en el consentimiento de lo que se haya otorgado. En el caso que nos ocupa, justamente hace falta el cumplimiento de uno de esos elementos elementales del acto jurídico, el cual se encuentra ligado de forma libre y voluntaria que establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993, que estima que la vinculación a cualquier administradora del régimen de ahorro individual o viceversa debe esta precedida de una asesoría clara, completa y comprensible a la asimetría de un afiliado lego en el tema, la cual solo se alcanza cuando se conocen las características, consecuencias, ventajas, desventajas y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo cual la afiliación se ve influenciada por el empleador o por cualquier tercero, sin la información necesaria para que la persona conozca las consecuencias de esa vinculación, tanto negativas como positivas, la misma se tornaría ineficaz y esta consecuencia se deriva de los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993.

Adicional a esto, su señoría, esta ineficacia, se presume de los dos actos jurídicos, no solo de la vinculación sino también aquel del reconocimiento de la pensión de vejez y téngase en cuenta adicional que el acto primigenio que da origen al reconocimiento de la pensión de vejez, se encuentra viciado, por ende, este mismo acto de reconocimiento también se encuentra viciado porque las bases que fundamentan el acto primigenio no se encuentran consolidadas con todas las características y requisitos que percibe la ley para que se entienda un consentimiento libre de todo vicio. Entonces, en ese orden de ideas, su señoría, respecto al punto del saneamiento o al tema de la ratificación de la afiliación por el hecho de estar pensionado, considera esta apoderada judicial que el mismo no se cumple, comoquiera que el acto primigenio no surtió efectos y en ese orden de ideas consecuentemente el reconocimiento de la pensión de vejez tampoco. Y adicional a eso, téngase en cuenta el entorno en el cual el demandante solicitó ese reconocimiento de la pensión de vejez, el cual, también estuvo rodeado de la desinformación del caso, tan es así, que el demandante se viene a dar cuenta del error o del engaño de las administradoras hasta el año 2014, en el cual conoce a que pudo haber tenido derecho en Colpensiones o en el régimen de prima media, entonces en ese orden de ideas, ambos actos jurídicos se encuentran nulos o ineficaces en todo sentido. Respecto al punto del reconocimiento de la pensión de vejez, así como pues el tribunal superior de Bogotá, ha negado algunos casos en donde la persona se encuentra pensionada, no puede dejarse de lado que también hay casos en donde el mismo tribunal ha reconocido ya el traslado o la nulidad de la ineficacia de personas que se encuentran pensionadas, e inclusive que también se encuentran pensionados con ese beneficio de anticipación. Téngase en cuenta, sentencias o casos tales como: demandante sentencia del 5 de diciembre de 2017, magistrado ponente Luis Carlos González Velásquez, radicado número 022014719, otro caso sentencia 24 de noviembre de 2016, magistrado ponente Luis Agustín Vega Carvajal, proceso de radicado número 31201412401 y sentencia del 3 de diciembre de 2015, por el magistrado ponente Miller Esquivel. Entonces en ese orden ideas, su señoría, también hay un precedente vertical que ha definido también casos de pensionados, sin dejar de lado los que ya ha resuelto la corte suprema de justicia, como lo son aquellos que son hito, tales como la sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, entre otras, también cito aquellas del 2011, 33083, para que también se tenga en cuenta, en las cuales ya se han definido casos en donde la persona se encuentra pensionada y no por esto puede perderse esa mejor condición o ese principio de favorabilidad que establece la constitución política para el reconocimiento de la pensión.

Por último, quiero hacer énfasis en estos pequeños argumentos para que sean tenidos en cuenta, resumo muy puntualmente: primero, que la información y el estudio de la conveniencia de una vinculación solamente puede ser brindada por profesionales, los cuales, en este caso, son las administradoras de fondos de pensiones y ellas tienen un deber de asesoramiento o un amparo de rigor con el cual deben ser juzgado muchísimo más alta que la de un afiliado lego en seguridad social. Que en ese orden de ideas, por el tema tratado al estar ligado a derechos fundamentales como el efectivo disfrute de la pensión o el derecho fundamental a la seguridad social, este tipo de casos no se pueden entender como un negocio jurídico común, por el cual no se pueden entender saneados o prescritos por el paso del tiempo y así lo ha indicado la corte suprema de justicia en sentencias como la sl1689 de 2019, que conforme los parámetros que ha establecido



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la corte suprema de justicia y el artículo 167 del código general del proceso y el artículo 1604 del código civil, la carga de la prueba que establece que son las Afp las responsables de probar que cumplieron con su suma diligencia ese deber de información que la ley les ha endilgado, deber que en el presente proceso, como lo dijo el presente despacho no se cumplió, inclusive pese a cumplirse con las formalidades para el reconocimiento de la pensión de vejez, tampoco fue cumplido en este caso y téngase en cuenta que conforme el artículo 334 de la constitución política, ninguna autoridad podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales o restringir su alcance o negar su protección efectiva. Por último, su señoría, téngase en cuenta lo manifestado por la corte suprema de justicia en sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en el cual se indica que la actuación viciada no se convalida por los traslados de administradoras dentro del mismo régimen, pues ciertamente la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen, que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales, máxime cuando la desinformación de la entidad administradora que incentivo el traslado se mantiene en las administradoras subsiguientes a las cuales se haya vinculado el afiliado.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor JOSÉ ANTONIO DÍAZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Colfondos, el 26 de enero de 1998, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 207 del plenario, allegada por esta demandada.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega tal consecuencia por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos y contrario a lo señalado en sus alegaciones por Colpensiones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce 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, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por el Juez de primer grado y como bien lo indica la parte recurrente, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Antonio Díaz, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., fondo al que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Dicho deber se tornaba más riguroso para el caso del demandante ya que como bien lo señaló este, al momento del traslado contaba con más de 40 años de edad, esto es, era beneficiario para la época del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como se corrobora de copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 27 del plenario y ninguna de las documentales allegadas por el fondo en mención da cuenta de que tal circunstancia se le puso de presente al momento de su afiliación y menos se le señaló que su traslado implicaba la pérdida de dicho régimen de transición del que era para la época de traslado beneficiario.

No pudiéndose tener por satisfecho dicho deber como lo indicó el juzgador de instancia por el hecho de que el demandante manifestó conocer algunas de las características del RAIS a través de las peticiones que elevara ante los fondos del RAIS demandados, ya que este como en múltiples ocasiones lo ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicho deber de información se debe suministrar de manera oportuna, esto es, en el **acto del traslado**, lo que se itera no ocurrió para el caso del actor, pues ninguna prueba lleva a concluir que Colfondos S.A., cumplió con dicha obligación para el año de 1998.

No obstante lo anterior, en el presente, no fue objeto de reparo que el señor José Antonio Díaz, ostenta la calidad de pensionado, prestación que le fuera concedida por parte de la demandada Porvenir S.A., de manera anticipada como lo certifica esta a folio 86 del plenario, la que disfruta desde el 2 de diciembre de 2008.

Es así como, para el caso de quienes como el actor peticionan la ineficacia del traslado pensional cuando ya adquirieron el estatus de **pensionado** en el RAIS, el criterio jurisprudencial que venía sosteniendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era el señalado en sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, reiterado en otras como las SL 17597 de 2017 y SL 4933 de 2019, pronunciamientos según los cuales como señala la recurrente, procedía la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando no se comprobaba el suministro de la información pertinente en los términos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

antes señalados previo al acto del traslado de régimen pensional; no obstante ello, la Corporación de Cierre de esta jurisdicción se apartó del anterior criterio en mención en reciente sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, oportunidad en que indicó que no resultaba procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando quien lo solicitaba, ostentaba la calidad de pensionado, debido a las múltiples y complejas situaciones que habría que revertir ante los efectos de dicha ineficacia, en pronunciamiento en mención indicó:

*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 (vuelta al statu quo ante)¹, **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, como ocurre en este caso. 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. Basta con relevar algunas situaciones:***

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

***La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

¹ SL1688-2019, SL3464-2019



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Conforme lo señalado en precedencia y atendiendo carácter vinculante de la jurisprudencia proferida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, se tiene que si bien las AFP Colfondos, conforme el caudal probatorio recaudado, no demostró que para la fecha de afiliación del actor a esta, 26 de enero de 1998, (fl. 207), había ilustrado a este sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro y lo más importante, para el caso del del demandante, informarle sobre su calidad de beneficiario del régimen de transición y que la decisión del traslado, conllevaría la pérdida de dicho régimen; **no es posible** acceder a su pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado, ya que como se señaló, no fue objeto de reproche su calidad de pensionado, la que ostenta desde el año 2008.

Dicho estatus impide, se itera acceder a la pretensión principal con apego a reciente criterio jurisprudencial en cita, máxime cuando para el caso del actor, ostenta la calidad de pensionado desde hace más de 10 años, concediéndosele la prestación por vejez de manera **anticipada**, circunstancia que determina que retrotraer los efectos de su afiliación al RAIS como lo pretende, traería consigo una cantidad considerable de consecuencias que resultan perjudiciales para el sistema pensional, ya que su afiliación, cumplió con su objetivo principal, como lo es el acceso a una de las prestaciones propias que concede este, la prestación por vejez, si se tiene en cuenta que la pensión a la que accedió de manera anticipada, implicó el cese de las cotizaciones previo a que el actor, alcanzara la edad requerida por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para pensionarse, lo que determina que de accederse a la pretensión de ineficacia del traslado, el sistema pensional sufriría un detrimento patrimonial como quiera que la prestación pensional en el RPM, no prevé modalidad alguna de pensión anticipada, debiéndose sufragar los aportes pensionales hasta alcanzar las 1300 semanas actualmente requeridas y 62 años para el caso de los hombres.

Por lo anterior, se **confirmará** la absolución dispuesta en sentencia recurrida, pero por las razones aquí señaladas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900736-01 Dte: JOSÉ ANTONIO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, pero por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29-2018-578-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR SOSA QUINTERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Skandia S.A. y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 4 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandante y las de las entidades de seguridad social demandadas.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DEL PILAR SOSA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la hoy Skandia S.A., entonces Old Mutual Pensiones y Cesantías, la asesoró de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

manera errada e inadecuada al momento de promover su traslado al RAIS el 1 de diciembre de 1994, información que tampoco le brindó previo al cumplimiento de los 47 años de edad; como consecuencia de tal declaración, peticiona se decrete la nulidad de dicho traslado de régimen ordenando a la administradora en mención trasladarla como afiliada al RPM, junto con los aportes y rendimientos efectuados por ella en dicho fondo, ordenándole a Colpensiones aceptar su traslado y tenerla como afiliada al régimen que administra. (fls. 27 y 28).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 4 de febrero de 1963, vinculándose al ISS el 13 de enero de 1987, que debido a una asesoría errónea, se trasladó en septiembre de 1999 al RAIS, administrado por Porvenir S.A., momento en el cual le indicó el asesor de dicho fondo que si se trasladaba al mismo, no perdería ningún beneficio y se pensionaría antes de la edad legal requerida, que en enero de 2007, se trasladó a Old Mutual Pensiones y Cesantías administradora a la que actualmente se encuentra afiliada y dicha administradora no le indicó antes del cumplimiento de los 47 años sobre la posibilidad con la que contaba de retornar al RPM, razón por la cual quedó inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003.

Afirma que desde hace 22 años realiza aportes pensionales al RAIS de manera regular, que solicitó ante Old Mutual Pensiones y Cesantías información acerca de cuál sería el valor de su mesada pensional, fondo que le indicó en el 2018 que a los 57 años, le correspondería una mesada pensional de \$2.854.000, que cuenta actualmente con más de 1500 semanas cotizadas, que de recibir la mesada pensional en comento sus ingresos actuales se verían ampliamente disminuidos ya que es muy inferior a su IBL

Señala por último que cuenta con 55 años de edad y al momento de traslado no le pusieron de presente comparativo pensional alguno que le permitiera evidenciar el perjuicio que ahora conoce, como tampoco las consecuencias de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

dicho traslado, razón por la cual su consentimiento se considera viciado. (fl. 28).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en numeral 1 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación. (fl. 74).

Por su parte, OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías, igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 6 y 11, manifestó no constarle los No. 5 a 11 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (fl. 89).

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el No. 1, manifestó no constarle los No. 1, 12, 18, 24, 25 y 29 y negó los demás Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación. (fl. 172).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante ante Porvenir S.A. el 5 de agosto de 1999, declarando para todos los efectos que la actora, nunca se había trasladado del RMP; ordenó Old Mutual Pensiones y Cesantías a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación del demandante sin efectuar descuento alguno, concediéndole para el efecto 30 días hábiles a partir de la ejecutoria de dicha providencia y ordenó a Colpensiones recibir dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante, sin condenar en costas. (fl. 194)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

En primer lugar, debe señalar el juzgado que no existe duda alguna respecto a la afiliación que hizo la demandante en el mes de septiembre de 1999 y en ese momento en cabeza de Porvenir, tampoco hay duda alguna respecto del traslado que posteriormente hiciese a Old Mutual y de ello da cuenta las documentales que obran a folios 177 y 113 del plenario. Como dijimos, lo que acá se discute es la ineficacia del traslado y esto por falta de información a su juicio que se omitió al momento del traslado de régimen pensional. Esos son los argumentos básicos de la demandante, tanto en el libelo incoatorio como en los alegatos de conclusión, comoquiera que señala que en el momento oportuno no se le dio la información básica querida para que este traslado tuviere plena validez, pretensiones a las cuales se oponen las codemandadas, tanto en la contestación como en los alegatos de conclusión, pues en los alegatos casi que todas coinciden en señalar que a su juicio ese traslado de régimen pensional es válido porque no se avizora ningún vicio del consentimiento porque la demandante se afilió de manera voluntaria, además, señala que de alguna manera, esta ratificó su voluntad en permanecer en el RAIS al haberse trasladado entre fondos, es decir, haber procedido a trasladar a Old Mutual que incluso tuvo ahorros voluntarios, siendo esta una característica del RAIS, por demás, Colpensiones señala en este momento está ante la imposibilidad legal de trasladarse a dicho régimen pensional, comoquiera que ya cuenta con mas de 55 años de edad, igualmente hacen hincapié en que de alguna manera la demandante no tuvo el cuidado y diligencia en cuanto a enterarse y a documentarse respecto de su situación pensional y que pues es imposible que a lo largo de tantos años no lo hubiese hecho ni se hubiese preocupado por saber cuál era el futuro de su pensión.

Así entonces, comienza el despacho por señalar que efectivamente en lo que tiene que ver con la asesoría que se le debe dar a todos los afiliados a uno u otro régimen pensional, pues está desde la misma fecha en que se promulgó la ley 100 de 1993, que desde su mismo texto y que este deber de información pues se ha ido ampliando a través de los años y esto porque precisamente con la expedición de la ley 100 de 1993 de alguna manera no fue tan riguroso en ese deber que tenían los diferentes fondos administradores de pensiones, sino que ese deber se tuvo que venir ampliando a lo largo de todos estos años, recordemos que es a través de las diferentes sentencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia y a través de esa línea jurisprudencial que viene desarrollando desde el año 2008 con la sentencia 39989, y finalmente con las sentencias promulgadas el año anterior, como la SL1452 donde la corte ha venido a desmenuzar de manera detallada todo ese deber y esa obligatoriedad que tenían los fondos de informar todos los pormenores que incluían y que eran tan importantes y que debía conocer el posible afiliado, y la corte en estos pronunciamientos hace algo bien importante y que se mantiene hasta la actualidad y es invertir la carga de la prueba y siendo que le corresponde a los fondos demostrar que se cumplió con esa obligatoriedad, y también señala otro punto importante y es que la simple firma del formulario de afiliación no da cuenta de ese consentimiento informado, y eso es importante porque en este caso tenemos la única prueba documental que aparece pues es los formularios suscritos por la demandante como ella ya lo mencionó, los firmó de manera voluntaria, es decir, que no fue obligada de ninguna manera al firmarlos, lo que se echa de menos es esa falta de información o de ilustración que se le dio a la demandante al momento de su afiliación. También debemos recordar que la Corte a lo largo de todos estos años y especialmente las sentencias promulgadas el año anterior, indica luego de hacer ese recuento normativo respecto de ese deber de información y todas esas obligaciones que se han venido aumentando en cabeza de los fondos, precisamente para evitar todos estos, de alguna manera, todos estos procesos, pues que a la postre vienen a referir ese incumplimiento, señala que en cada caso en particular el operador jurídico o el juez debe centrarse en el momento histórico en que se dio la afiliación y para determinar cuál era la normativa vigente y cuáles eran las obligaciones que se tenían en ese momento por parte de los fondos, porque recordemos y lo hemos repetido varias veces y es bien importante como se han aumentado las obligaciones, pues no es lo mismo una persona que se afilia en el año 2014-2015 que aquella que se afilió en el año de 1999 porque en este último caso, digamos que la obligatoriedad es mucho más rigurosa porque se debe, no solamente informar, se debe asesorar, también existe el deber del buen consejo, es decir, decirle a la persona si le conviene o no le conviene trasladarse y además hay la doble asesoría.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Así es que siguiendo toda la línea jurisprudencial y ubicándonos en el momento histórico que se afilió la demandante que lo fue en agosto de 1999, pues tenemos que para esa fecha existía ese deber de información, únicamente el deber de información. Y en qué consistía ese deber de información tal como lo ha hecho ver la Corte Suprema de Justicia y como lo ha enseñado, ese deber de información consistía en la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales. Es decir, que al momento en que se iba a trasladar de régimen pensional un ciudadano, este debía ser informado por lo menos para esa época, de cuáles eran las características de cada uno de los regímenes, por lo menos, explicarle cuales era los requisitos que se necesitaban en ese momento para tener derecho a la pensión en el régimen de prima media con prestación definida y cuáles eran las modalidades como se obtenía la pensión en el RAIS, es decir, explicarle cada una de las características para que el afiliado por lo menos conociera que los dos regímenes eran totalmente diferentes y que por eso a la postre su pensión se vería reflejada pues de manera distinta en uno y otro régimen, como ocurre en la actualidad, era lo básico, lo mínimo que debía explicarle al momento de la afiliación al ciudadano, en este caso en particular, como ya dijimos, la única prueba es el formulario de afiliación que fue suscrito libremente por la señora demandante, cuando se le indaga sobre el momento en el cual esta se afilia, pues realmente el juzgado encuentra que de acuerdo con su dicho no se brindó ninguna información que reuniera las características que esta información debía tener y las características que ha ratificado la Corte Suprema de Justicia en su línea jurisprudencial. Se dice que lo que mas se notó en esa información es lo que resaltó es el tema de la liquidación del ISS, lo que se iba a acabar, parece que ese era un argumento muy recurrente y también algo que llama la atención al despacho y que en este como en otros procesos que se han traído a colación, porque no en todos se trae a colación es esa publicidad que se daba, es decir, parece que era recurrente en esa época acudir a medios publicitarios que tenían que ver con imágenes visuales donde se presentaba el Porvenir de las personas de una manera grata, agradable, es decir, donde se veían en su vejez disfrutando de la vida de una manera muy apetecible para cualquier ciudadano, cualquier persona quiere en su vejez pasar su vida viajando, en la playa, disfrutando con su familia y esa era la publicidad que se presentaba, la demandante señaló que había una cartelera el iniciar en ese día la reunión y había afiches con esa información, es decir, era un tipo de publicidad, este despacho repite, como en este caso, como en otros en que se ha hecho referencia a esos afiches y esa publicidad que se usaba, no sé si todavía se tenga o no pero en ese momento siempre la ha reprochado porque es que a los ciudadanos no les interesaba saber si iban a pasar su vejez viajando o no si estaban en la playa o no, esa no era la información que se les debía dar porque por demás ese efecto publicitario de alguna manera influye en el ánimo de las personas, recordemos que la publicidad tiene ese fin, influye de alguna manera en el subconsciente de las personas para que opten por uno u otro producto, y allí no se estaba vendiendo ningún producto, allí lo que se estaba era discutiendo un derecho fundamental, es decir, estamos hablando es de un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política, como es el derecho a la seguridad social en pensiones en conexidad con otros derechos fundamentales, como son, el derecho a la salud, el derecho a una vida digna, el derecho a un mínimo vital, no se estaba vendiendo ningún producto, y por lo tanto este juzgado siempre cuando se ha traído a colación el tema de los afiches y cuando se habla de derechos fundamentales, tiene que ser muy exigente en garantizar esos derechos y como se empiezan a garantizar esos derechos, con el acto de afiliación al sistema pensional, por eso es que es tan importante y por eso es que la corte ha hecho un estudio muy juicioso, ha desarrollado toda esa línea pensional porque es que el derecho pensional, el derecho a la seguridad social se garantiza a partir de ese momento tan importante como es la afiliación a un régimen pensional porque ahí el ciudadano está escogiendo como va a ser su futuro pensional. Entonces, en vez de presentarle afiches, lo que se tenía que hacer era explicarle con detalle de manera pedagógica, este juzgado siempre ha utilizado ese término, de manera pedagógica cuáles eran las características del régimen, cuáles eran los requisitos que necesita para pensionarse en el RPM, como obtiene usted su pensión en el régimen de ahorro individual, cuáles son las modalidades que existen en el RAIS para que usted obtenga su pensión, información acerca de todas las fluctuaciones que también esos rendimientos pueden tenerse de acuerdo con las inversiones y todo el tema financiero que es propio del RAIS, eso era lo que se le debía explicar, en lugar de influir en el ánimo con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

publicidad que no tenía la fuerza suficiente para garantizar este derecho, pero si para influir en el ánimo del futuro afiliado.

Así es que, en este caso, el despacho definitivamente no encuentra que se haya cumplido con ese deber que existía para el año 1999, que era simplemente el deber de información, ni siquiera el deber de asesoría y buen consejo y mucho menos el deber de asesoría, era el deber de información que ese deber de información al menos debía contener las generalidades de cada uno de los regímenes pensionales, y como se pudo observar dentro del interrogatorio, este no se cumplió. Por otra parte, también es importante señalar los aspectos que han tocado casi que todas las codemandadas y es esa presunta negligencia que tuvo la demandante durante todos estos más de 20 años, en no asesorarse, en no informarse sobre su derecho pensional y su futuro pensional. Este juzgado ha indicado que esa obligatoriedad, definitivamente no está en cabeza del trabajador, esta obligatoriedad, en primer lugar, está en cabeza del estado, es decir, el estado colombiano fue el primer obligado cuando hizo esa reforma y cuando se estableció o se promulgó la ley 100 de 1993, que introdujo estos dos regímenes pensionales, era el primer obligado para ilustrar a los ciudadanos, ilustrar de manera clara y precisa en qué consistía esa reforma y hacerlo de una manera global y de una manera, repito nuevamente, pedagógica, de tal forma que entendiera cómo funcionaba cada régimen pensional, una persona que fuera doctor del derecho, por ejemplo, a una persona que escasamente supiera leer y escribir, porque es que el derecho a la seguridad social se debe garantizar a todos los ciudadanos, y el estado debe ser inclusive mucho mas exigente y digamos que debe dar esa información mucho mas clara a aquel grupo de personas que de pronto se les dificulta entenderlo, pero es el estado, este juzgado siempre lo ha indicado también, falló desde ese mismo momento, y tan es así, que ha tenido que legislar y ha tenido que aumentar, digamos, esos deberes y esas obligaciones en cabeza de los diferentes fondos de pensiones. Entonces, el primer obligado para garantizar ese derecho es el estado y el segundo obligado en este caso es el patrono en el evento en que tiene que cumplir con esas cotizaciones y esa afiliación y ese pago de cotizaciones, y otro de las entidades obligadas, indudablemente son las entidades encargadas de administrar las pensiones, entre los fondos de pensiones y en este momento también Colpensiones y en su momento el instituto de seguros sociales, son los encargados de ilustrar, de informar y de garantizar bajo esa información ese derecho constitucional, porque el trabajador que hace, el trabajador desarrolla su actividad laboral, es decir, presta el servicio, desarrolla su trabajo y esa es su obligación, trabajar y esperar que los demás cumplan con la obligación, como son, de garantizarle esos derechos. Entonces, no se le debe endilgar a un trabajador quien no se haya preocupado por su derecho pensional, cuando las entidades, empezando por el estado, no brindaron la información suficiente para que este pudiese de manera clara e ilustrada acceder al régimen que mas le convenía. Y, es claro y en la practica lo hemos visto a lo largo de todos estos procesos que el ciudadano se preocupa de su derecho pensional cuando está ad portas de recibir su pensión, cuando ya le faltan unos pocos años y mira a ver si está en el RPM, si tiene las semanas, en el RAIS si tiene el capital suficiente para financiar la pensión y se preocupa por cual modalidad de pensión quiere escoger y demás, pero, durante toda su vida está es pendiente de trabajar.

Otro de los argumentos es que la acción judicial la motiva el monto de su pensión, este juzgado ha dicho: claro, es la principal motivación porque cuando se materializa el derecho pensional, se materializa cuando se reconoce la pensión y efectivamente con ese monto pensional, entonces esa debe ser la principal motivación y si a una persona se le dice que va a obtener una mejor pensión cuando se afilia y resulta que cuando va a acercarse a reclamar su pensión, resulta que el monto era inferior y que no se le explicó porque podía llegar a ser inferior y ella no tuvo ese conocimiento para asumir o no el riesgo, pues definitivamente es una motivación valida para entrar a controvertir ese acto primigenio donde no se le aclaró, donde no se le informó lo suficiente para que pudiese válidamente escoger el régimen que a su juicio mejor le convendría, así es que como dijimos, al no haberse demostrado de acuerdo con la inversión de la carga de la prueba que se brindó la información pertinente y suficiente al momento de la afiliación de la señora demandante de traslado de régimen pensional a Porvenir, deberá declararse la ineficacia, ordenarse la devolución de los aportes y rendimientos y ordenar a Colpensiones que actualice la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

historia laboral, que la active y reciba todos los valores por concepto de rendimientos y de cotizaciones, no se condenará en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Old Mutual hoy Skandia pensiones y cesantías** recurrió señalando:

En este proceso, se declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, aduciendo una falta de información por parte del fondo que realizó el traslado inicial, esto es, Porvenir s.a., sin embargo, sobre el particular debe tenerse en cuenta que en el presente caso no constan los suficientes elementos para una declaratoria en tal sentido, esto por cuanto fue claro en el trámite del proceso que se demostró que el fondo de pensiones que realizó el traslado inicial al RAIS cumplió con las obligaciones que tenía para el momento en que se llevó a cabo este acto jurídico, esto es para el año de 1999. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que para ese año, como bien el despacho lo manifestó, no existían todas las obligaciones que hoy se le imputan a las administradoras de fondos de pensiones y cuyo nacimiento se dio de manera posterior y a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Debe tenerse en cuenta que para ese momento el único documento que se obligaba a diligenciar por parte de los fondos de pensiones es el formulario de afiliación el cual fue aportado al expediente y en el cual consta la validez de ese traslado. Así mismo debe tenerse en cuenta que la demandante durante todos estos años actuó y las decisiones en materia pensional se dieron en consonancia con esa decisión inicial de afiliarse al RAIS y aceptar todas las características y condiciones de este régimen.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que la demandante, transcurridos más de 20 años desde su afiliación inicial, no puede dolerse de que no fue debidamente informada y por tanto solicitar la declaratoria de una ineficacia del traslado de régimen pensional cuando todas las características, condiciones del régimen de ahorro individual y del RPM están cabalmente estipuladas en la ley 100 de 1993 y sus decretos complementarios. Por lo cual lo demandante aquí lo que existe y lo que se probó en el trámite del proceso fue una falta de diligencia de su parte y si bien el despacho manifestó que esta obligación solamente le compete al estado y a las administradoras de pensiones, esta defensa no acepta tal posición, toda vez que a juicio de los fondos de pensiones también en cabeza de los afiliados existe un deber de informarse y también de estar atento de las condiciones de su futuro pensional. Nótese que la demandante nunca solicitó ni siquiera que le explicaran cual era la información que se contenía en los extractos de su cuenta de ahorro individual, tampoco solicitó proyecciones de la mesada pensional que recibiría en el régimen de ahorro individual, tampoco constató la posibilidad de hacer un traslado entre regímenes pensionales sobre las condiciones de uno y otro régimen, insisto, aun cuando todas están cabalmente estipuladas en la ley 100 y sus decretos complementarios. Así mismo quiero dejar sentado para que el tribunal lo analice, el tema de que en esta sentencia no se autorizó ningún descuento, y sobre ese particular quiero hacer hincapié en que mi representada actuó de buena fe, que no fue el fondo a través del cual se realizó el traslado inicial de régimen pensional y que durante el tiempo de afiliación de la demandante con Old Mutual, esto es, a partir de 2007 a hoy, mi representada ha hecho una tarea profesional de administradora de fondo de pensiones de la demandante, con lo cual, adicional a que ha recibido las cotizaciones, esa plata se ha trabajado y producto de ese trabajo se le han dado una serie de rendimientos financieros que se ordenan hoy trasladar hacia la administradora colombiana de pensiones Colpensiones o que en caso de que el tribunal revoque en su integridad esta sentencia, va a incluir de manera positiva en la mesada pensional que reciba, por cuanto esto es importante que se tenga en cuenta pues de que se confirme la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, se solicita a los honorables magistrados del tribunal revocar este acápite de la sentencia para indicar que mi representada si tiene la posibilidad de descontar los gastos de administración cobrados, y esto en tanto porque de acuerdo con los conceptos emitidos por la misma superintendencia financiera de Colombia, cuando se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional no hay lugar a que se restituyan estos dineros, mas porque no estamos hablando de una nulidad de traslado de régimen pensional sino una



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ineficacia del traslado, por lo cual no se puede aplicar los efectos de la figura de la nulidad a la declaratoria de ineficacia. Así mismo, debe tenerse en cuenta que independientemente del régimen al cual hubiese estado afiliada la demandante, esto es, aun cuando en todos estos años se hubiese quedado en el régimen de prima media administrado por Colpensiones, allí también se le hubiese descontado una partida para esos gastos de administración.

Porvenir, indicó:

Solicito se revoque la sentencia del ad quo, en consideración de que el juzgado ha indicado en esta instancia que faltó la información por parte de mi representada, que no se prestó asesoría conforme a la obligatoriedad de los fondos para la fecha del traslado y que pues no estaba en cabeza de la demandante informarse, se debe reprochar la omisión de la demandante de no haber realizado del traslado anteriormente, así como no considerar solicitar asesoría o información respecto de su vinculación, de no haber solicitado asesoría en el ISS en el momento en que hizo el traslado a Old Mutual en el 2007, la actora podía informarse en ese momento de la conveniencia de los fondos, es decir, cual se adecuaba más a sus intereses y así haber tomado la decisión con anterioridad a este proceso cuando aún podía hacerlo por la vía administrativa. No puede negarse la obligación que tenía la demandante o que tiene la demandante de informarse respecto a los actos jurídicos que realizó, como lo fue su traslado de régimen y su posterior traslado horizontal a Colfondos. Sumado a que los afiliados son consumidores financieros y la actora debía actuar con la diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente respecto del acto jurídico que estaba realizando. Se deja constancia que al momento del traslado el ordenamiento jurídico no determinaba una forma concreta en las que las AFP debían brindar una información, como tampoco una obligación de documentar la asesoría mas que el formulario de afiliación. Además, solo fue hasta el desarrollo legislativo y jurisprudencial que nacieron demás obligaciones. Por lo anterior, no tiene sentido requerir pruebas que soporten la asesoría cuando para el momento de la afiliación tan solo se requería la firma del formulario de afiliación, como manifestación del consentimiento de la aquí afiliada. En adición, tampoco es lógico que el piso probatorio en estos casos parte de exigencias que nacieron con posterioridad a la afiliación de la demandante, no se desconoce la obligación legal de las administradoras de fondos de pensiones de asesorar a los afiliados conforme a la vigencia de la ley 100 y sus decretos reglamentarios, pero no puede pasarse por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran claramente determinados en la ley y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no es excusa, de conformidad con el artículo 9 del código civil, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado están determinadas en la ley.

En este orden de ideas, se está sometiendo un imposible jurídico a mi representada y a las demás administradoras de fondos de pensiones en la medida en que se pretende sea demostrado el incumplimiento de formalidades y allegar pruebas que no se encontraban vigentes ni existían para el momento de afiliación de la demandante, puesto que dichos documentos nacieron a la vida jurídica con posterioridad a la afiliación de la demandante. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la afiliación ocurrió hace mas de 20 años, hecho que sin lugar a dudas es relevante para el presente asunto, pues las declaraciones de la demandante respecto de la información que recuerda le fue brindada, deben ser evaluadas, teniendo en cuenta que es más natural y no recordó la totalidad de la información que se le suministró por los asesores comerciales de mi representada. Mas aún cuando se trata de tecnicismos de la seguridad social, mas en cuanto a que es pensiones. Por lo anterior, considero que es preciso respetar la voluntad de las partes y darle el valor probatorio que merece el formulario de afiliación que es la única prueba que demuestra el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento, y como se dijo, la ley no exige el cumplimiento de requisitos adicionales ni dejar un soporte documental de la información que se recibió. Por lo anterior expuesto, la afiliación de la demandante es válida.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA DEL PILAR SOSA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Porvenir S.A., el 5 de agosto de 1999, como se verifica de copia de dicha documental, visible a folio 159 del plenario.

En este orden, si bien se petitionó la nulidad del traslado de régimen lo cierto es que se alega tal consecuencia por falta al deber de información, caso en el cual lo pretendido se estudia bajo la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones y por recurrente Porvenir S.A., **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce 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, conocimiento que no se puede comparar al del demandante, quien si bien como indica la entidad Porvenir, debe actuar con diligencia respecto a su afiliación, lo cierto es que tal falta de información es la que no le permite actuar de dicha forma, al desconocer las verdaderas incidencias de su traslado al RAIS.

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo manifestado por las AFP recurrentes, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora María del Pilar Sosa, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual y contrario a lo manifestado por Colpensiones y Old Mutual en sus alegaciones, de ninguna manera dicho acto se podría considerar libre y voluntario ya que la aquí demandante, no conocía las incidencias del mismo.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de las demandadas, según la cual, para la fecha de traslado de la actora a las administradoras del RAIS, no les asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, de manera que sí les correspondía probar el suministro de dicha información a la señora María del Pilar, obligación que contrario a lo señalado por las entidades recurrente, no se acredita con la simple suscripción del formulario pre impreso al momento de su traslado, sino que como se ha indicado a lo largo de este pronunciamiento, debió haberle manifestado las desventajas y desventajas que le podrían acarrear su traslado, la forma de calcular la mesada pensional en cada uno de los regímenes y las modalidades pensionales propias del RAIS, entre otros punto relevantes referentes a la situación particular del afiliado; no obstante, tal cuestión no se probó; siendo pertinente indicar a la recurrente Skandia que el concepto a que alude la demandada en mención, expedido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a las decisiones de esta jurisdicción ordinaria, como quiera que tal carácter únicamente lo ostentan las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia como organismo de cierre de esta jurisdicción.

Y tampoco se puede entender que la demandante conocía todas las características ante dichas, por cuanto en su interrogatorio de parte



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

manifestó que se pusieron de presente algunas de las características del RAIS, pero nunca señaló que se le hubiera indicado lo perjudicial del mismo observando su situación pensional, por ello de dicha declaración no se puede derivar una confesión como lo indica la demandada Skandia en sus alegaciones.

De igual forma, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** caso en el cual si bien la demandante alegó existencia de vicio en su consentimiento, no está obligada a probarlo, pues ello es propio de la figura de la nulidad, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora, contrario a lo afirmado por la entidad antes mencionada, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de las Skandia, respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que como bien lo indica la parte demandante en sus alegaciones, no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados dispuesta en la decisión de primer grado.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionarán** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29201800578-01 Dte: MARÍA DEL PILAR SOSA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

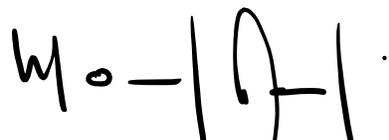
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 10-2018-0111-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MERCEDES BELTRAN

DEMANDADOS: INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación interpuestos por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 2 de septiembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos interpuestos.



ANTECEDENTES

La señora Mercedes Beltrán por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE entre las partes un contrato de trabajo a término indefinido entre el día 10 de noviembre de 2006 hasta el día mayo 12 de 2016, que el mismo finalizó por despido indirecto al no haber sido asignada una labor una vez estaba “rehabilitada” y que fue objeto de acoso laboral; que para el momento de la terminación se encontraba en estado de debilidad manifiesta al estar pendientes la realización de exámenes y procedimientos médicos, que la demandada actuó de mala fe, que fue afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral de manera tardía; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de los salarios causados entre el 9 de abril de 2016 al 12 de mayo de 2016, cesantías del año 2012 y proporcionalmente para el año 2016 junto con los intereses a las mismas, prima de servicios año 2016, vacaciones desde el año 2009 hasta la finalización del vínculo laboral, indemnización de 180 días conforme el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, aportes a pensión entre el 11 de noviembre de 2006 al 08 de agosto de 2008, indemnización por la no consignación de cesantías, al pago de las incapacidades relacionadas en el hecho 14 debidamente indexadas, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, perjuicios morales, indexación de lo debido y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, ingresó a laborar al servicio de la demandada el 10 de noviembre de 2006 por medio de un contrato de



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0111 – 01 DTE: MERCEDES BELTRAN DDO:
INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.**

trabajo a término indefinido en el cargo de mesera, percibiendo como salario el equivalente a 1 smlmv más subsidio de transporte; que a su favor la demandada realizó aportes pensionales a partir del 8 de agosto de 2007; que sufrió un accidente de trabajo el 19 de agosto de 2008, el cual le generó lesión en mano derecha con diagnóstico de luxación de articulación acromioclavicular, que para tal data los pagos al Sistema de Seguridad Social no se encontraban al día, que estuvo incapacitada entre el 18 de diciembre de 2009 hasta el 8 de abril de 2016 con algunos intervalos, que el 9 de abril de 2016 se reintegró a sus labores sin que le fuese asignada labores, que se le ordenó quedarse en la zona de recepción, que a pesar de lo anterior, continuó asistiendo a la sede de la empresa sin que se le tuviera en cuenta, que a veces no la dejaban ingresar a las instalaciones de la demanda permaneciendo allí horas apoyada en muletas; que la orden de permanecer en la recepción todo el día la impartía la jefe de personal Sandra Milena Cárdenas; que el día 12 de mayo de 2016 la demandada por medio de la señora Martha Silva la hace saber que, por órdenes del representante legal no sería reintegrada al cargo al señalarle *limitaciones físicas (coja y ayudada con bastón) a la sociedad no le servía*, y que por esa razón no regresó a la empresa, que para ese momento la actora se encontraba en recuperación pendiente de tratamientos y procedimientos médicos, que tuvo limitaciones a la atención médica en ortopedia ante la falta de pago de aportes en salud; que el 24 de febrero de 2017 reclamó el pago de salarios y demás conceptos; expuso que estuvo en incapacidad 15 días entre el 23 de noviembre al 22 de diciembre de 2015, de las que no recibió pago; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó la pérdida de capacidad laboral en 44.93% de origen común; que conforme el reporte del Fondo de Cesantías el empleador no realizó consignación de cesantías del año 2012, que no le han pagado las vacaciones correspondientes para los años 2009 a 2012, como



tampoco el salario correspondiente entre el 10 de abril de 2016 al 12 de mayo de 2016, y prestaciones sociales y vacaciones causadas. Por último, que pese al porcentaje de pérdida de capacidad laboral no ha recibido pago alguno.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2, 4 a 6, 16, 17 19.1 y no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de obligación de la demandada y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes desde el 10 de noviembre de 2006 y el 10 de abril de 2016.

CONDENÓ a la demandada al pago a favor de la actora de los siguientes conceptos y sumas:

- VACACIONES \$1.440.194,88
- Aportes pensión: Desde el 10 de noviembre de 2006 al 30 de junio de 2007 sobre la base del smlmv ante la AFP Protección S.A., o fondo al que se encuentre afiliada la demandante.

DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación de la demandada frente a:



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0111 – 01 DTE: MERCEDES BELTRAN DDO:
INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.**

- Salarios
- Cesantías año 2012
- Intereses a las cesantías año 2016
- Salarios del 9 de abril de 2016 al 12 de mayo de 2016
- Sanción artículo 99 de la Ley 50 de 1990
- Indemnización artículos 64 y 65 del CST
- Prima de servicios año 2016
- Perjuicios morales

DECLARÓ parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las vacaciones causadas con anterioridad al 05 de febrero de 2012.

CONDENÓ en costas a la parte demandada fijando agencias en derecho la suma de \$400.000.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“En primer lugar, sobre la existencia del contrato a término indefinido desde el 10 de noviembre de 2006 hasta el 12 de mayo de 2016, establecer si le asiste derecho al pago de los salarios, cesantías, intereses a las cesantías reclamadas, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por 180 días, aportes en pensión, indemnizaciones de los artículo 99 de ley 50 de 1990 y 65 del CST y perjuicios morales e indexación; que al plenario se allegó historia clínica de la actora, afiliación de la dte a pensiones en la que se indica como fecha de ingreso el 1 de enero de 2006, afiliaciones a Porvenir, certificación de compensar sobre incapacidades hasta el 9 de abril de 2016, que además de todas las pruebas documentales allegadas por las partes, se practicó interrogatorio de parte al representante legal de la dda y de la dte, los testimonios de Gloria Moncada, Manuel Hernández, José Rodríguez Beltrán, Sandra Cárdenas; que conforme los artículos 22 a 24 del CST, en este caso no se niega la existencia de una relación laboral al contestar la demanda, lo que se discute son los extremos temporales, que a folio 6 certificación expedida por el empleador, el documento no fue tachado de falso y la firma coincide con las firmas a folios 8, 14 y 162, en donde se establece que la fecha de ingreso se señala el 10 de noviembre del año 2006; que a folios 22 a 23 cotizaciones a la afp Porvenir que permiten establecer que hay aportes por la dda a favor de la dte desde el mes de julio de 2007 a febrero de 2008, por lo que no es cierto lo dicho por la dda que la relación laboral inicio el 1 de marzo de 2008, correspondiendo el extremo inicial el 10 de noviembre de 2006;



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0111 – 01 DTE: MERCEDES BELTRAN DDO:
INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.**

que a folio 165 obra renuncia de la dte del 31 de dic de 2007, no puede ser una renuncia ya que esta dirigida a inversiones Vargas Tamayo y cia s. en c.s., que la dte en el interrogatorio de parte manifestó que siempre laboró en la misma panadería san isidro indicando que era propiedad de la dda, que en todo caso la renuncia no fue presentada a la dda, que el cambio de razón social en el certificado de representación aparece el cambio respecto de otro nombre, que no se relaciona con el nombre que aparece en la comunicación a folio 165, por lo que no hay interrupción del contrato, que el CST permite la coexistencia de contratos, lo que no quiere decir que no haya existido el contrato con la dda simultáneamente; que en cuento a la fecha de terminación de la relación laboral es mas complejo porque la dte considera que el contrato término el 12 de mayo de 2016, que estuvo incapacitada y que la última venció el 9 de abril de 2016, sin que fuera reintegrada, que recibió maltrato por su condición, que en la demanda se menciona que a pesar de haberse presentado a trabajar se le indicó permanece en la recepción sin que le fuera asignada actividad laboral, y que el 12 de mayo de 2016 en las instalaciones de la dda se le hizo saber que por ordenes del representante legal no sería reintegrada al trabajo, y que desde ese día dejó de asistir al lugar de trabajo; que a folios 8 y 9 de la demanda obran incapacidades en donde se establece que la última incapacidad expedida a la dte corresponde del 26 de marzo al 9 de abril de 2016 sin que haya demostrada otras incapacidades posteriores; que a folio 161 obra comunicación de la dda de fecha 24 de enero de 2017 dirigida a la dte indicándole que los pagos a seguridad social se encuentran cancelados y que a enero de 2017 no ha presentado incapacidades desde abril de 2016 y sin que haya justificado su ausencia laboral; que a folio 139 del pdf hay liquidación del contrato del 1 de enero de 2016 al 9 de abril de 2016 firmada por la dte y sin que hubiese sido objetada de falso, que la dte en el interrogatorio de parte manifestó que esa no era la liquidación sino el pago de unas primas que le adeudaban hace 15 meses, lo que se contradice con su mismo dicho, porque al preguntarse si le habían sido pagadas las primas de 2008 a 2015 contestó que sí, que le habían pagado todas las primas, su dicho sobre la deuda de primas es contradictorio; que hay contradicciones en los testimonios y pruebas allegadas por la dte, ya que a folio 63 del plenario documento de febrero 24 de 2017 dirigida a la dda en donde la dte les dice que la empresa no la quiso reintegrar ni antes de terminar la incapacidad el 9 de abril de 2016 y lo que recibí fue insultos de la señora Martha Silva quien fue la única persona de manera grosera, que la contradicción entre la demanda y ese documento consiste en que en la demanda se dice que la señora Sandra Caldas jefe de recursos humanos fue quien le indicó que no podía continuar trabajando y en la comunicación dice otra cosa, que la única persona que la atendió fue la señora Martha Silva y que esta no le puso atención, que por un lado dice que cuando se presentó la señora Sandra Milena Cárdenas le dio la orden de permanecer en la recepción de la empresa y por otro lado dice que el 11.6 que la señora Martha silva el 12 de mayo de 2016 fue quien le dijo que no podía seguir trabajando porque era coja y se apoyaba en bastones y a la sociedad no le servía; que hay contradicción en el dicho de la dte le dijo al despacho que se había presentado desde mucho antes de terminar la incapacidad, eso es un hecho nuevo, y que la respuesta que le habían dado era que no le servía a la empresa y menos con bastón e indica que la respuesta se la dio Sandra Milena de recursos humanos cuando en la demanda se dijo que lo que había dicho Sandra era que esperara en la recepción y que esa respuesta se la dio Martha silva, entonces se contradice con lo que hay en la demanda, y también indica en el interrogatorio de parte, que llegaba todas las mañanas y la dejaban sentada, que preguntaba por el señor Alfonso Vargas y que la respuesta de la señora Sandra Vargas era mi tío no la quiere ver mas en la



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0111 – 01 DTE: MERCEDES BELTRAN DDO:
INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.**

empresa y por su bien aléjese de la empresa, recuérdese que en la demanda se dijo que quien se lo había dicho era Martha Silva; también dijo que no se le había mandado carta alguna de terminación del contrato, que el 12 de mayo de 2016 decidió no regresar más, que discutió con la señora Sandra que esta la maltrato y que la dte le dijo que no volvía mas porque estaba cansada de tanto insulto o maltrato, que ella nunca fue sola; que hay de nuevo otra contradicción a reiterar que fue Sandra quien la maltrato verbalmente el 12 de mayo de 2016, cuando en la comunicación que envió a la empresa en febrero de 2017, claramente le indica que la única persona que la atendió todo el tiempo fue Martha Silva en ningún momento señala a Sandra, además que es una carta que no tiene recibido por la dda, pero es un documento proveniente de la misma dte; que la testigo Gloria Moncada manifestó que siempre acompañó a la dte en las citas con el señor vargas y que llegaban entre 8y 30 y hasta las 11 y 30, 12 del día, la dte también manifestó que estaba incluso hasta las 12 y 30 o 1 de la tarde, y en la demanda dice que permanecía todo el día en el mismo horario de trabajo la empresa, lo que se contradice de su dicho, dijo la testigo dijo que Sandra jamás se encontraba en las oficinas, que les decían que no estaban, que la última vez Sandra les contestó que el señor Vargas manifestó que no volviera más por invalida, y que no servía para nada, que las dejaban esperando, que le consta que la incapacidad de la dte terminó el 9 de abril de 2016, que se presentó seguido desde que se terminó la incapacidad y la dte dice que estuvo yendo antes que se venciera la incapacidad y que siempre iba a acompañada de la señora gloria y esta contradictoriamente dice que fueron desde que se terminó la incapacidad; que dijo que fue Sandra que su tío no la iba a volver a recibir por ser invalida; que el 12 de mayo la señora Sandra no estaba lo que lleva a que ella misma se contradiga en donde dice que la última vez que fueron la señora Sandra le contestó a la dte que su tío no la quería más en la empresa; que entonces cuando se le pregunto cuando había sido que Sandra le había dicho a la dte que no la iban a volver a recibir, la dte dice que fue tres o cinco días antes de dejar de ir, y según el dicho de la dte fue el último día, no hay claridad con la señora Moncada, que cuando no podía acompañar a la dte la acompañaba la hermana; que el testigo José David Rodríguez aparece también más contradicciones, ya que la dte dice que la podía acompañar porque él no trabajaba para esa época, y él dice que si trabajaba y que su horario era de 11 y 30 a 4 de la tarde, que al preguntársele como era posible que si ese era su horario de trabajo como podía acompañar a la dte que permanecía hasta las 12 y 30 y 1 de la tarde, señaló que era porque descansaba, el testigo dice que la acompañó el 9 de abril de 2016 y que no recuerda que la hayan atendido, y que en algunas ocasiones cree que la atendía una señora Sandra de recursos humanos, que la dejaba esperando y que solo una vez le dio la cara, que si se compara el dicho de la dte, gloria y David, con el documento allegado por la dte suscrito por ella misma afirmó que quien la había tendido era Martha Silva, que el testigo indica que la última vez su hermana fue a la empresa demandada fue el 12 de mayo y que le parece que iban los tres, gloria, él y la dte, recordemos que gloria dijo que la acompañaba cuando él no podía ir; que primero dice que entre el 9 de abril y el 12 de mayo la acompañó 5 veces, después dice que 15, gloria la acompañaba cuando él no podía ir, a la vez que afirma gloria iba todos los días, que el día 9 de 2016 abril una persona de recursos humanos no le dijo para donde la iban a ubicar cuando a principio manifestó que no recordaba si la habían atendido o no, que cree que no la atendieron, entonces como le dice eso al despacho; que existe contradicción entre el dicho de la dte con el de los testigos y con la demanda; que los testimonios de Sandra Caldas y Manuel Muñoz, este último manifestó no haber escuchado que no iban a recibir a la dte, y la primera manifestó que trabajó con la dda desde el 2016 al 2017, que no recuerda que la dte



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0111 – 01 DTE: MERCEDES BELTRAN DDO:
INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.**

haya ido la dte entre el 9 de abril y el 12 de mayo de 2016, tampoco haberla atendido y menos decirle que no iba a ser recibida por invalida; que así las cosas, el dicho de haber asistido entre el 9 de abril y el 12 de mayo de 2016 no queda probado; que lo que se logra probar que la última incapacidad terminó el 9 de abril de 2016 sin que hayan más incapacidades, que no se demostró que se haya hecho presente a reinstalarse a trabajar solo hay cartas solicitando el pago de prestaciones en el 2017 y que esta paga la seguridad social, pero en ningún momento le dice les hago llegar incapacidades o explica su justificación para no volver a la empresa, que lo que queda claro de los testimonios de Sandra y el señor Manuel y el dicho de la dte es que ella no prestó servicios a la empresa después del 9 de abril de 2016 y aunado a la liquidación folio 138 se hace hasta el 9 de abril de 2016, fecha hasta la cual prestó servicios la dte, que si bien aparece seguridad social pagada hasta el año 2018 no necesariamente ello sea indicativo que el contrato sea hasta esa fecha; que se concluye que el contrato término a partir del el día 10 de abril de 2016.

Sobre la petición del despido sin justa causa, es la misma dte quien manifestó que solo había hablado con Martha Silva, y que ninguno de los testigos dijo haber visto a Martha Silva maltratar o decir que no volviera a la dte, entonces no es posible configurar el despido indirecto que se pretende por malos tratos que no fueron probados, ni siquiera queda probada la persona que infringió los malos tratos, por lo que se absolverá de la pretensión por despido sin justa causa de manera indirecta y de la correspondiente indemnización.

Sobre la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por encontrarse la dte en estado de debilidad manifiesta y por tanto el despido es ineficaz y tener derecho a la indemnización de 180 días; que conforme la norma y la jurisprudencia de la Corte Constitucional dicha garantía se otorga al discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral, que la Corte Suprema en sentencia SL10538 42451 del 29 de julio de 2016 indicó cual era el alcance de esta protección que para que el trabajador acceda a esta protección del artículo 26 de la ley 361 de 1997 se requiere que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: con una limitación moderada que corresponde a una pérdida de capacidad laboral entre el 15 y el 25%, severa mayor a 25% e inferior al 50%, y profunda cuando sea mayor a 50%, que el empleador conozca de dicho estado de salud, y que termine la relación laboral por razón de su limitación física y sin previa autorización del Ministerio, que existía libertad probatoria para poder determinar este estado de discapacidad; tenemos en el proceso que para que proceda esa protección, debe darse el presupuesto que exista esa situación de discapacidad en el trabajador, que no hay duda que la dte para el 9 de abril de 2016 contaba con mas del 25% de pérdida de capacidad laboral, siendo que la Junta Nacional le otorgó un 44.93%, que en el interrogatorio de parte del ddo, representante legal acepta que conocían ese resultado, pero la situación que se haya despedido con ocasión a esa discapacidad, y que ya se señaló que no se logra demostrar que haya habido una comunicación de la dda o testimonio en la que se diga que la empresa actuó con el ánimo de indicar a la dte que quedaba despedida, no hay siquiera esa manifestación, lo que se dice es que por los malos tratos de Sandra Caldas que por invalida ya no le servía a la empresa, lo que no se logra probar dadas las inconsistencias entre demanda, interrogatorio de parte de la dte y testigos de Moncada y Rodríguez, que al no quedar demostrado que el despido indirecto y menos los maltratos por su condición física y quien los realizó, no se encuentran dadas las condiciones del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, porque lo que quedó demostrado es que a partir del 10 de abril de 2016 la señora demandante debía regresar a trabajar y no lo hizo, al no haber más incapacidades;



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0111 – 01 DTE: MERCEDES BELTRAN DDO:
INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.**

que por ello se absuelve de la declaración de ineficacia del despido y de la indemnización de 180 días.

Que frente a las incapacidades el apoderado presentó desistimiento el cual fue aceptado por el juzgado. Sobre los salarios solicitados, al no quedar demostrada la prestación del servicio o que haya estado asistiendo entre el 9 de abril y el 12 de mayo de 2016 no hay lugar a imponer condena; en cuanto a las cesantías, intereses a las cesantías, y la indemnización por no consignación de las cesantías, la dte en el interrogatorio de parte aceptó que le habían pagado las cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios correspondientes al periodo 2008 a 2015 y en la demanda se reclama el pago de las cesantías del periodo 2012 y en el interrogatorio de parte la señora dice que es que le deben unas del 2007 que no están siendo reclamadas en este proceso; que a folios 215 obran documentos en donde esta la planilla de consignación de cesantías a porvenir para el periodo 2011 a 2012, obra documento a folio 214, 210, en la que consta la planilla de consignación a cesantías, a porvenir del periodo 2013 a 2015, que obra el pago de prestaciones sociales de la liquidación del 1 de enero de 2016 al 9 de abril de 2016, específicamente a folio 138 en donde se encuentra suscrita por la dte dicha liquidación, podemos concluir que las cesantías para el año 2012 fueron pagadas el 13 de febrero de 2013, así también las del año 2011, 2013, 2014 y 2015, para concluir que la demanda pagó esas cesantías; en cuanto a los intereses a las cesantías la dte aceptó en el interrogatorio de parte que le pagaron los mismos, en liquidación firmada por ella folio 139; que se solicita el pago de vacaciones desde el año 2009... ¿?...que si bien la dte hizo la solicitud por vacaciones estando incapacitada y la compensación de vacaciones, que no obra prueba que desde enero de 2009 hasta la fecha de terminación del contrato que se hayan pagado vacaciones, entonces el despacho entra a establecer la procedencia del pago del mismo, que conforme la prescripción, las vacaciones se causan una vez concluye el año de servicios y que tiene el empleador el año siguiente para conceder esas vacaciones, que el contrato finalizó a partir del 10 de abril de 2016 y la demanda se interpuso el 20 de febrero de 2018, no existe documento anterior de reclamación de vacaciones, que la que obra es cuando la dte, que el 5 de febrero de 2013 la dte lleva un derecho de petición a la dda y que obra en el expediente a folio 17 del pdf, donde solicita el pago de vacaciones, que su empleador a folio 18 le indica con fecha 9 de febrero de 2013 que teniendo en cuenta que se encuentra incapacitada no es viable reconocer las vacaciones hasta que se reintegre, que con la solicitud del 5 de febrero de 2013 interrumpió la prescripción por un término igual, tenía para reclamar las vacaciones causadas a febrero de 2013 hasta febrero de 2018, que la demanda fue radicada en febrero de 2018 el 20 de febrero, lo que quiere decir que las vacaciones causadas antes del 5 de febrero de 2012 se encuentran prescritas, que solamente se reconocerán vacaciones a partir del 5 de febrero de 2012 y hasta el 9 de abril de 2016, que el salario a tomar para efectos de liquidar, se debe tomar el último salario pagado que corresponde al salario mínimo, que para el año 2016 era 689.455 por 1504 días, para un total de \$1.440.194,88 de manera indexada.

Aportes en pensión. Que conforme los folios 25 y 28 se cotizo desde julio de 2007 hasta nov de 2014 y de folios 228 a 251 en la historia laboral desde marzo de 2011 hasta junio de 2018, 308 a 318 del pdf historia laboral de protección donde consta que le pagaron aportes desde junio de 2007 hasta el 2017, que no obra constancia desde el 10 de nov de 2006 a 30 de junio de 2007, periodos que no se encuentran demostrados, pago al que se condenará sobre la base de un smlmv.



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0111 – 01 DTE: MERCEDES BELTRAN DDO:
INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.**

Sobre la indemnización por la no consignación de cesantías, a folios 226 a 227 que le fueron consignadas las cesantías a la dte, respecto de las solicitadas en la demanda por lo que no hay lugar a esta condena.

Sobre la indemnización del artículo 65 del CST, que en el presente caso se condena a vacaciones, concepto que no genera el pago a la indemnización moratoria. Que la liquidación que obra a folios 138 y 139 le fue pagada a la dte el 7 de febrero de 2017, que solo hasta esta sentencia es que se establece el momento de terminación del contrato el 9 de abril de 2016, que después de esta fecha la dte no regresó, no hay pagos de salarios, y solo hasta esa fecha de febrero se hace esa liquidación, que ante la incertidumbre de si había o no contrato el empleador continuó pagando seguridad social, lo que no quiere decir que por ello el contrato estuviera vigente, que no existen razones por las cuales no se reincorporó, solamente indicó que se le había maltratado y se le indicó que no se le iba a recibir pero la demanda, los documentos, el dicho suyo y el de los testigos fueron contradictorios, lo que no permite condenar a esta indemnización y que por el contrario la dda actuó tratando de dar cumplimiento a los derechos de la dte.

Sobre los perjuicios morales solicitados, que en este caso no hay ni siquiera despido indirecto, que no hay prueba que permita establecer que la dte no ha conseguido trabajo, que sobre las situaciones de maltrato no encuentra credibilidad del testimonio de Gloria Moncada y del señor Rodríguez, no se demostró que se hubiese dado ese maltrato, angustias o trastornos emocionales como consecuencia de no haber encontrado trabajo, absolviendo a la dda de estas pretensiones. Costas a cargo de la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de \$400.000

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Interpongo recurso de apelación de la sentencia por la siguiente razón: manifestó que no es viable dar aplicación al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no reunirse los requisitos para que la actora tenga derecho a ese beneficio de 180 días y la terminación del contrato se declaró ineficaz; no estoy de acuerdo porque, primero, la dte para el momento de la terminación del contrato, 9 de abril de 2016 tenía una calificación de pérdida de capacidad laboral del 44.93%, o sea que estaba en discapacidad; dos, esta discapacidad es mayor al 15% y menor al 50%; tres, no existió permiso del Ministerio para terminar el contrato y el demandado conocían de tiempo atrás el estado de salud del trabajador, el juez dijo que es despido, que en este caso el artículo 26 no solamente habla del despido también es claro en decir que el contrato no se puede terminar por razones de la discapacidad, unido a que se requiere el permiso del Ministerio que nunca se dio, que esta probado que la trabajadora no regresó a trabajar, pero la misma norma dice en el inciso final, sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior no se requerirá autorización del Ministerio cuando el trabajador limitado incurre en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato y agrega, siempre que se garantice el derecho al debido proceso, que en el proceso no hay prueba que haya sido a descargos para omitir el permiso del ministerio del trabajo y terminar el contrato, simplemente aparece una liquidación del 9 de abril de 2016 donde se pagan prestaciones de ese año pero no se dice el motivo por el cual se



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0111 – 01 DTE: MERCEDES BELTRAN DDO:
INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.**

pagan esas prestaciones, se requería haber seguido un debido proceso como lo establece la norma para encontrar una causal que pudo haber sido el no ¿? a trabajar pero aquí no se puede presumir que pudo haber sido, el empleador no tiene evidencia que determine el por qué el 9 de abril rompe el vínculo y le paga, ese es uno de los motivos se dan los motivos de la jurisprudencia para que no pudiese ni ser despedida ni su contrato terminado, que por eso la norma dice que ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado, que no sabemos el motivo de la terminación, no se le dijo en un documento, no se llamó a descargos y se le dijo usted no se presentó a trabajar después que fue rehabilitada a partir del 10 de abril de 2016, que aparte de tener derecho a la indemnización de los 180 días esa terminación del empleador desconociendo la norma debe ser declarado ineficaz y como consecuencia el reintegro a su actividad que estaba ejecutando.

Por otro lado, en el auto de pruebas el despacho en la parte de pruebas en poder de la parte demandada y requirió a las partes los documentos que tangen que ver con pago de primas, cesantías y vacaciones, y demás durante toda la existencia del contrato, que se aportaron los documentos al proceso donde se ¿? que el contrato realmente comenzó el 10 de noviembre de 2016 pero la parte dda no pudo establecer que haya pagado las cesantías del año 2006 y 2007, y existe evidencia certificada del momento de inicio del contrato, que si bien dentro de las pretensiones se pide cesantías del año 2012, se pudo establecer que estaban canceladas, pero el juzgado dijo que le trajeran los documentos que soporten la cancelación de esas cesantías lo que no sucedió, que el juzgado al tener la facultad probatoria tiene las facultades ultra y extra petita, que al no haberse establecido el pago de las cesantías de los años 2006 y 2007, el empleador se encuentra en mora de cancelarlas, que la respuesta de la demanda dijo que el contrato es del 2008, evadiendo la verdad, es una actuación de mala fe, lo que lleva a que se pueda aplicar la indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990 porque no canceló las cesantías del año 2006 en el fondo correspondiente ni las del 2007 sabiendo cuando había iniciado el contrato porque esos documentos están en el expediente hace mucho tiempo para decir que desde el 2007 se estaba la afiliación de acuerdo al folio 22 y s.s., estaba afiliada haciendo aportes a pensión desde julio de 2007 y que esos pagos fueron consecutivos, no hubo interrupción en el pago, es decir que el contrato no pudo haber terminado nunca y no se evidencia que esas cesantías estén pagas, que esa facultad debe ser aplicada porque estamos hablando de un derecho no renunciable, el Estado debe proteger al trabajador, es la parte débil del pacto y aquí no hay pronunciamiento en ese sentido, obviamente la juez va a decir no fue materia de pretensión, pero si fue materia de prueba y de debate, eso se discutió porque las partes le llevamos las pruebas que nos pidió donde nos decía demuéstreme los pagos y efectivamente no están demostrado los pagos de esos años por eso tampoco estoy de acuerdo con la sentencia.

Tampoco estoy de acuerdo con la declaratoria parcial de prescripción de las vacaciones porque en el año 2010 la parte demandante también requirió a la empresa para que se las cancelara y se observa el folio 18 hay un documento de la dda que en el numeral 2 dice: no desconocemos el derecho que tiene la señora Mercedes Beltrán frente a las prestaciones sociales de ley (vacaciones) como se le informó en respuesta a su derecho de petición de fecha 5 de octubre de 2010, es decir en ese momento ya se estaban reclamando vacaciones, que en su momento ante el Superior haré el conteo matemático para establecer la parte pertinente en qué momento por este hecho se pueda demostrar que si hubo una petición anterior, que la prescripción se interrumpió y que como es un derecho que se causa en un año pero se cobra en el siguiente y vuelve a contarse el término para el año que se causó pero nace para el subsiguiente año en esa medida no estarían prescritas las



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0111 – 01 DTE: MERCEDES BELTRAN DDO:
INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.**

vacaciones como su despacho lo ha dicho. Esos son los motivos de inconformidad y de todas maneras tengo la posibilidad de ampliar ante el superior. Solicito sea concedido.

PARTE DEMANDADA

“Interpongo recurso respecto de los extremos del contrato, que si bien es sabido se ha considerado de acuerdo con las probanzas... bueno ya... que ella presentó renuncia el 31 de diciembre de 2007 a la empresa de acuerdo con lo probado en el folio 165 que a pesar de que, dice que ingresó el 10 de noviembre de 2006 ella presentó el 31 de dic de 2007 presentó renuncia.

Que en lo que refiere a las vacaciones no son una prestación social y no retributiva de la actividad o de los servicios prestados o indemnizaciones laborales, la persona estuvo incapacitada no descansando, pero si recibiendo un salario, del resto estoy de acuerdo con la sentencia.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por las dos partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que obedecen, en síntesis, por la parte actora, a la decisión de absolver a la demandada de la indemnización conforme el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el pago de cesantías correspondientes para los periodos de 2006 y 2007, y la prescripción parcial respecto de las vacaciones.

Por la parte demandada, la inconformidad se centra, primero, en la fecha que fue establecida como extremo temporal inicial de la relación laboral, y segundo, en la condena por vacaciones al insistir en su improcedencia teniendo en cuenta que la demandante estuvo bajo incapacidad médica.

En primer lugar, frente al recurso que formula el apoderado de la parte actora, se observa que el escrito de alegatos allegado al Tribunal refiere a iguales aspectos que fueron expuestos al interior de la apelación.



En las oportunidades procesales antes mencionadas, se señala por el apoderado de la demandante la inconformidad ante el fracaso de la pretensión encaminada a la ineficacia del despido y la consecuencial indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 equivalente a 180 días de salario.

Al respecto, el recurrente insiste en las alegaciones en que, para el día 9 de abril de 2016 la actora ya había sido objeto de calificación por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, que el empleador sabía del estado de salud de la trabajadora, y que se omitió el permiso ante el Ministerio del Trabajo para prescindir de sus servicios.

Por lo anterior, para efectos de contextualizar la decisión, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señala lo siguiente:

“En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen a aclaren.

Valga aclarar que, para la aplicación de la dicha disposición el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción laboral, ha sentado las reglas a tener en



cuenta por los operadores judiciales en casos como el que hoy ocupa la atención de este Tribunal, entre otras, en la sentencia SL572-2021 de fecha 24 de febrero de 2021, con radicado 86728, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, al expresar en síntesis que, la estabilidad laboral reforzada procede para los trabajadores que padecen limitaciones en grado severo o profundo independiente del origen que tengan, y de un reconocimiento e identificación previas.

La Sala de Casación Laboral en igual oportunidad también consideró que, que el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo *ibidem*, no es aplicable a cualquier deterioro y/o afectación en la salud, o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, puesto que es necesario que se acredite la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior a 15%.

Así las cosas en el presente caso, se encuentra suficientemente probado que la demandante fue calificada con un 44.93% de pérdida de la capacidad laboral por parte de la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca (fls.48 a 55), mediante dictamen N°73952 del 13 de marzo de 2013, es decir, que en principio podría considerarse, tal como lo refiere el apoderado de la parte actora, que la promotora es beneficiaria de las prerrogativas de la Ley 361 de 1997, norma *por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad*, además que tal resultado se conoció antes de la fecha que el juzgado de instancia determinó como extremo final del vínculo laboral, esto es, el 10 de abril de 2016, y que el representante legal de la accionada al contestar el interrogatorio no negó desconocer ese trámite de



calificación.

Sin embargo, no debe perderse de vista la finalidad de la norma, es decir, el querer del legislador con la construcción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que no es otro que, proteger a las personas en situación de discapacidad, de la discriminación de la que puedan ser objeto por su condición en el marco de una vinculación laboral que está por iniciar, o que aún vigente, el trabajador sea despedido o su contrato terminado por razones relacionadas con su capacidad laboral, salvo autorización de la oficina del trabajo.

En el presente caso, si bien se acredita suficientemente el grado de pérdida de capacidad laboral de la actora en proporción del 44.93% para el día 10 de abril de 2016, fecha en la que se concretó la finalización del vínculo laboral por parte del juzgado de instancia, es decir, que no hay duda que se encontraba en una situación de discapacidad, lo cierto es que, para que se concrete el supuesto de hecho de la norma, se requiere acreditar que el empleador incurrió en actos discriminatorios o tendientes a impedir o terminar el vínculo laboral por razones conexas al estado de salud de la trabajadora, circunstancias que no quedaron probadas dentro de este proceso, por tanto, no es posible acceder a la pretensión referida a la indemnización equivalente a 180 días de salario, tal como lo consideró el a quo.

Aunado a lo anterior, para efectos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no es suficiente que el trabajador demuestre su situación de discapacidad en los grados que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha considerado para no ser despedido o su contrato terminado, puesto que la



norma también permite la posibilidad que la oficina del trabajo autorice al empleador para desvincular al servidor en situación de discapacidad, por causas distintas o relacionadas con su estado de salud.

Con todo, en el presente caso no era necesaria la intervención de la oficina del Trabajo, puesto que, no aparece probado que haya sido la demandada quien tomó la decisión de finalizar el vínculo laboral, es decir, no se puede concluir un despido propiamente porque no hay elementos de juicio que permitan inferir que así ocurrió.

Por otro lado, el apelante en su recurso y en el escrito de alegatos insiste en que de todas maneras el contrato de trabajo terminó teniendo en cuenta que el empleador conocía del resultado del trámite de calificación de la capacidad laboral de la trabajadora, y que, por tanto, a la demandante le era aplicable lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al respecto, considera la Sala que el apoderado olvida que, al interior del debate probatorio, quedó suficientemente acreditado que fue la actora quien una vez finalizado el término de la última incapacidad médica, es decir, el 9 de abril de 2016, simplemente ella no regresó a sus labores, situación que por sí sola descarta que el empleador haya sido quien tomó la decisión terminar el contrato de trabajo, y recuérdese que la norma de la que se pretenden sus efectos indemnizatorios, está diseñada para proteger y prevenir a los trabajadores frente a las decisiones que los empleadores adopten en razón a la limitación física, psíquica o sensorial de sus trabajadores.



Lo anterior significa que, contrario a lo que considera el apoderado de la parte actora, sobre la imposibilidad que el contrato laboral finalice simplemente por el hecho de existir un grado de limitación, no se impone la obligación al empleador de mantener vigente el vínculo contractual con un trabajador en situación de discapacidad, pues se reitera, éste tiene la opción de acudir a la Oficina del Trabajo en busca de la autorización en tal sentido, o que suceda lo que ocurrió en el caso bajo estudio, en donde la demandante no logró probar que haya regresado a reintegrarse a sus labores con posterioridad a la terminación de la última incapacidad médica, y fue la juez de instancia, quien finalmente determinó el extremo final del contrato de trabajo.

En conclusión, no se logró acreditar los presupuestos normativos y jurisprudenciales necesarios para dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, por lo que se confirma la decisión e instancia en tal sentido.

En segundo lugar, en lo que refiere al pago de las cesantías correspondientes para los años 2006 y 2007, el apoderado de la parte actora por medio del recurso intenta que se revise su viabilidad, lo cual, desde ya, considera la Sala que no es posible dado que, primero, tales conceptos no fueron peticionados en el escrito inicial, y mucho menos discutidos al interior del proceso, pues no basta, como lo manifiesta el recurrente, que por el hecho que la juez haya requerido a las partes que aportaran otros medios probatorios, ello deba entenderse como una adición o reforma de la demanda para que esas prestaciones tengan lugar en la misma, pues no es así, y en esa medida, la parte demandada no estaba obligada a demostrar que en efecto pagó el auxilio de cesantía para los años 2006 y 2007.



Por otro lado, el recurrente, aunque reconoce que no fue objeto de pretensión las cesantías de los años 2006 y 2007, manifiesta que la juez contaba con las facultades ultra y extra petita, y que, una vez advertida la inexistencia de prueba en el pago de éstas, debió proferir condena en tal sentido, argumento que no resulta válido conforme el artículo 50 del C.P.T y de la S.S., norma que señala:

“El juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar en sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”. (Subraya el Tribunal)

Conforme la norma en cita, debe agregarse que, si bien el auxilio de cesantía solicitado corresponde a una prestación social, y no fue relacionado en el acápite de pretensiones de la demanda, lo cierto es que, los hechos que deberían ser el fundamento de esa petición brillan por su ausencia, por lo que tampoco resulta acertada la inferencia del apoderado de la demandante, al indicar que, con las pruebas que posteriormente requirió de oficio el juzgado no se acreditó que la demandada haya sufragado la prestación a la trabajadora, y que por esa sola razón tales conceptos fueron ya discutidos; contrario a ello lo que se observa es que, dentro de los hechos del escrito introductor tan solo se informa la deuda por las cesantías del año 2012 sin que nada se diga para los años 2006 y 2007, y por tanto, la accionada, por razones obvias no pudo ejercer su derecho de defensa al respecto, en consecuencia, acatar la solicitud del recurso en este aspecto vulneraría el derecho fundamental al debido proceso de la convocada en materia de pruebas.



**Proceso Ordinario Laboral 10 – 2018 – 0111 – 01 DTE: MERCEDES BELTRAN DDO:
INVERSIONES A.V. GUTIERREZ S.A.S.**

Por último, en lo que tiene que ver con el último aspecto del recurso promovido por el apoderado de la demandante, esto es, la declaratoria parcial de la excepción de prescripción de las vacaciones, el recurrente insiste en que, en el año 2010 la actora solicitó el pago por este concepto, y para tales efectos cita el documento que obra a folio 18 del plenario, específicamente en el numeral 2 que dice:

“No desconocemos el derecho que tiene la señora Mercedes Beltrán frente a las prestaciones sociales de ley (vacaciones); como se le informó en respuesta a su derecho de petición de fecha 5 de octubre de 2010, las vacaciones no se pueden liquidar, pagar y consignar”

Conforme la cita anterior, se recuerda que la misiva que integra la misma data del 9 de febrero de 2013 y que en la referencia de aquella se lee: *respuesta a su derecho de petición radicado el 6 de febrero de 2013*, es decir, que tal como lo entendió el juzgado, lo que se logra probar es que la prescripción en tal sentido se interrumpió solo hasta el mes de febrero de 2013, por lo que, como acertadamente lo consideró la juez de instancia y conforme el artículo 186, por regla general, el derecho a disfrutar de las vacaciones se causa una vez concluido un año de servicios, y en consecuencia, los días causados con anterioridad al mes de febrero de 2012 se encuentran prescritos.

Valga aclarar que, si bien la demandada en la respuesta del mes de febrero de 2013 a la petición elevada por la accionante para esa misma fecha, manifestó haber respondido negando igual solicitud el 15 de octubre de 2010 (respuesta al hecho 19.1) (fl.148), lo cierto es que, la promotora contaba hasta el 15 de octubre de 2014 para reclamar ante la jurisdicción dicho pago, y no lo hizo, en consecuencia, frente a la reclamación que



intenta hacer valer el apoderado respecto de las vacaciones del año 2009, operó claramente el fenómeno prescriptivo, además, téngase en cuenta que la extinción de este concepto en vigencia de la relación laboral se contabiliza de fecha a fecha y desde el momento en que se hace exigible, y en tal orden de ideas, la decisión de instancia en lo pertinente a la prescripción parcial de vacaciones se confirmará.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el primer punto de inconformidad expuesto en el recurso interpuesto por el apoderado de la demandada, esto es, con el extremo inicial de la relación laboral que el juzgado concretó el día 10 de noviembre de 2010, considera la Sala que no hay lugar a modificar la decisión de instancia comoquiera que, primero, del documento proveniente de la demandada visible a folio 6 del plenario no fue objeto de tacha o desvirtuado, en el que se lee con claridad que la fecha de inicio corresponde al día 10 de noviembre de 2006, y segundo, nótese que el argumento del apoderado de la demanda en el recurso en este aspecto no intenta convencer sobre la inexistencia de la relación laboral desde la fecha en que se definió, sino que, la inconformidad la centra en la presunta renuncia suscrita por la demandante con fecha 31 de diciembre de 2007 y que obra a folio 165 del expediente, no obstante, pasa por alto el apelante que la misma esta dirigida a una persona jurídica distinta a la demandada, por lo que la misma no es conducente para desvirtuar que el vínculo laboral se mantuvo vigente desde el 10 de noviembre de 2006.

Por último, frente al reproche de la parte demandada en que no hay lugar al reconocimiento de las vacaciones al encontrarse en incapacidad temporal la demandante, no hay lugar a modificar o revocar la decisión de la juez, toda vez que, por la contingencia por enfermedad y que soporta



prestacionalmente en ocasiones no solo el empleador sino también el Sistema de Seguridad Social en Salud, por el término que dure tales incapacidades médicas no hay lugar a descontar al trabajador por el concepto de vacaciones, lo que si sería viable en el marco de la suspensión del contrato de trabajo conforme el artículo 51 del CST, lo cual, en el presente caso no ocurrió, siendo viable el reconocimiento en el pago de lo debido por vacaciones en la manera que se determinó

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 19 2018 278 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NIDIA TORRES LAMPREA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta n asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la sentencia de fecha 28 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Diecinueve laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la demandada COLPENSIONES y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma.

ALEGATOS

Dentro del término concedido, el apoderado de la parte actora presentó alegatos de concusión.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual realizado con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones COLFONDOS y el posterior traslado a la AFP OLD MUTUAL, que como consecuencia de lo anterior, se condene a esta demandada a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los ahorros que posea en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y demás dineros que posea. Que se ordene a la demandada COLPENSIONES que proceda a recibir la totalidad de lo ahorrado junto con sus rendimientos, los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl.- 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se trasladó al Fondo Privado de Pensiones COLFONDOS, a comienzos del año 1997.
- Que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna, a cerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el régimen de prima media con prestación definida, como en el régimen de ahorro individual.
- Que no se hizo un estudio de su situación particular.
- Que cambió de AFP el 28 de abril de 2014, a SKANDIA.
- Que nuevamente se trasladó a COLFONDOS el día 25 de agosto de 2015.
- Que nació en 1961, por lo que cumplió los 57 años de edad, el 19 de julio de 2018.
- Que las demandadas tienen la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información correspondiente y en debida forma a la actora al momento de tomar la decisión del traslado del régimen.
- Que la demandada COLFONDOS realizó una simulación pensional en la que se le informa que su mesada pensional sería de \$1.836.430, pero en COLPENSIONES le correspondería una suma de \$ 5.415.607 mensuales.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que elevó a las accionadas peticiones en las que solicita nulidad de la afiliación realizada, pero no fueron atendidas de manera favorable (fl.- 3 - 9)

CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

La demandada **OLD MUTUAL** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 3 a 5, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó pago y buena fe. (fl. 61 - 72).

La demandada **COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 4 y 5, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de causal de nulidad, ausencia de vicios del consentimiento y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (fl. 93 - 107).

Por su parte la demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 5 y 12, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 115 - 121).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 28 de julio de 2020, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

1. *Declarar la ineficacia del traslado de la señora Nidia Torres Lamprea identificada con la cédula no. 51.614.896 de Bogotá, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la afp Colfondos pensiones y cesantías identificada con el nit 80001494962 realizado el 10 de diciembre de 1996, y la posterior afiliación a la afp old mutual, hoy escandia pensiones y cesantías identificada con nit no. 8001425142, realizada el 28 de abril de 2014, y por ultimo el retorno a Colfondos pensiones y cesantías, el 25 de agosto de 2015, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión;*
2. *Titular válidamente vinculada la demandante Nidia Torres Lamprea identificada con la cédula 51.614.896 de Bogotá al régimen de prima media con prestación definida, administrada hoy por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, desde el 15 de diciembre de 1982 hasta la actualidad como si esta nunca se hubiese trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia;*
3. *Condenar a la demandada afp Colfondos pensiones y cesantías s.a a devolver a la administradora de pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Nidia Torres Lamprea identificada con la cédula 51.614.896 de Bogotá, como son cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, con destino a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia;*
4. *Absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra;*
5. *Sin costas en esta instancia;*
6. *Si no es apelada la presente decisión, se ordena remitir el expediente al honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”*

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que:

“Se recuerda que la naturaleza jurídica de la entidad demandada Colpensiones, es una empresa comercial e industrial del estado que está organizada como una entidad financiera de carácter especial, vinculada con el ministerio del trabajo, creada con la ley 1159 de 2007, que es reglamentada por el decreto 4121 de 2011 y entró en operación con los decretos 2011, 2012 y 2013 de 2012, las demás demandadas son de naturaleza privada financiera, emisoras de seguridad social del rais. Problemas jurídicos a resolver. Si es nulo o ineficaz el traslado de régimen de prima media con prestación definida al rais que efectuó la señora Nidia Torres Lamprea y por ende si se debe ordenar el traslado de los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

administra Colpensiones. De las premisas normativas. Tenemos los artículos 60 y 61 del código procesal del trabajo y seguridad social, sobre lo que es el análisis de la prueba en la libre formación del convencimiento, los artículos 164, 165 y 167 del código general del proceso, como 1757 del código civil. En cuanto al tema del deber de información de las administradoras de pensiones en lo referente a la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, están los artículos 13, literal b, 271 y 272 de la ley 100 de 1993, el artículo 21 de la ley 795 de 2003, el artículo 97 numeral 1, modificado por el artículo 23 de la ley 797 de 2003 y aquellas disposiciones constitucionales relativas a lo que es el derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y la autonomía personal. En el tema del deber de asesoría y buen consejo que implica el análisis previo calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales para que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene, por tanto lo que podría perjudicarlo, está el artículo 3, literal c de la ley 1328 de 2009, como el decreto 2241 de 2010. En cuanto al derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales, conocido como la doble asesoría, está la ley 1748 de 2014, el artículo 3 del decreto 2071 de 2015 y la circular externa 016 de 2016. En el tema de la obligación que tienen los fondos de pensiones de proporcionar a los posibles usuarios y afiliados una información que sea completa, teniendo en cuenta el deber de asesoría y el buen consejo, se trae a colación sentencias recientes de la sala de casación laboral de la honorable corte suprema de justicia, como por ejemplo la 68838 de 2019, que rememora la 31989 de 2018 y la 31989 de 2008, la 33083 de 2011, entre otras, en el tema de la necesidad de un consentimiento informado del cual no puede ser derivado del simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, también la sentencias reciente de la sala de casación laboral de la honorable corte suprema de justicia, la 68852 de 2019 y la 56174 de 2019. Sentencias también 65791 y 68838 de 2019, las cuales se refiere que en los traslados de fondo no solamente disponen el cambio de régimen de ahorro individual al régimen de prima media sino que reconocen la pensión a los allí demandantes. En lo referente al traslado de los aportes de los afiliados al régimen de ahorro individual hacia el régimen de prima media, incluyendo gastos de administración con cargo a sus propios recursos, se tiene como referencias también de la honorable corte suprema de justicia sala laboral, como la sl31989 de 2008, la sl9464 de 2018, la sl4989 de 2018, la sl1421 de 2019. En el tema de la prescripción de la acción en torno a la ineficacia del traslado del régimen pensional y del derecho a la seguridad social que lleva intrínseco, se trae a colación también sentencias de la sala de casación laboral de la honorable corte como la 65799 de 2019, que rememoran la sl1421 de 2019, la 3937 de 2018, la sl8544 de 2016, de la misma sala. De las premisas fácticas, tenemos que la señora demandante nació el 19 de julio de 1961, cotizó al seguro social Colpensiones un total de 704 semanas entre el 15 de diciembre de 1982 el 1 de diciembre de 1996, como consta en la historia laboral que se allega por la parte demandante, que la vemos en el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

folio 18. El 10 de diciembre de 1996, la demandante solicitó su traslado al *raís* y por ende su vinculación a la *afp* Colfondos, con fecha de efectividad el 1 de febrero de 1997, como consta en el folio 109 del expediente. El 28 de abril de 2014, la demandante solicitó su traslado a la *afp* old mutual, hoy *escandia pensiones y cesantías*, con fecha de efectividad el 1 de junio de 2014, como consta en el folio 73. El 25 de agosto de 2015, la demandante solicitó nuevamente traslado a la *afp* Colfondos, con fecha de efectividad el 1 de octubre de 2015, como se verifica en el folio 110. En la diligencia de interrogatorio de parte que absolvió la señora Nidia Torres manifestó que ella comenzó a laborar en el año de 1982, siempre cotizándole al seguro social hasta 1996, cuando los asesores de Colfondos en asesoría grupal le indicaron que era más beneficioso trasladarse al *raís*, pues se podía pensionar con una mayor pensión, tener una facilidad de pensionarse antes de que el régimen de prima media, señala que fue una afiliación libre y voluntaria, pero por la información que le estaban brindando sobre la terminación del seguro social y demás bondades que tenía el régimen de ahorro individual, pero no le informaron sobre los tiempos que tenía para que se pudiera retornar al régimen de prima media antes del cumplimiento de los 10 años para tener derecho a la pensión y que no le explicaron las diferencias entre un régimen pensional y el otro. Debe aclarar el despacho que si bien aquí la demandante pretende le sea declarada la nulidad de su afiliación y el traslado del régimen de prima media al *raís*, con sustento en que los fondos accionados incumplieron con el deber legal de brindarle una información relevante al momento de la afiliación, la consecuencia con base en lo consignado en nuestro ordenamiento jurídico es el de la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico, de allí que este estrado judicial en uso de sus facultades *ultra y extra petita*, del artículo 50 del código procesal del trabajo y la seguridad social, dará tratamiento y examinará el caso de cambio de régimen pensional por transgresión al deber de la información en dirección a validar la ineficacia o no de dicho acto jurídico. Así las cosas, de acuerdo con las premisas normativas y la jurisprudencia de la sala laboral de la honorable corte suprema de justicia, es determinante tratándose de los traslados de regímenes pensionales, que las entidades encargadas de la dirección y funcionamiento garanticen una información que sea libre y voluntaria mediante la entrega de la información que sea suficiente y transparente, que le permitan a la afiliada elegir entre las distintas opciones en el mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses, describiendo entonces las características, condiciones, acceso y servicio de cada uno de los regímenes pensionales, implicando una comparación entre las características, ventajas y desventajas en forma objetiva de cada uno de los regímenes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, de modo que el afiliado conozca con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Ahora bien, la doble calidad de las *afp* de sociedades de servicios financieros y seguridad social trae consigo el cumplimiento de este deber sea riguroso, pues de ese ejercicio dependen importantes intereses sociales, como es la protección de la vejez, la invalidez y la muerte. Por lo tanto, la afirmación de la aquí afiliada de no haber recibido la información que fuera clara, completa, veraz y verdadera corresponde a un supuesto negativo que solo puede ser



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

desvirtuado por el fondo de pensiones con la prueba que acredite que si en efecto cumplió con esa obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es el obligado a observar ese deber de brindar la información y probar ante las autoridades, bien sean administrativas o judiciales, ese cumplimiento. Esa interpretación jurisprudencial no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición, pues las providencias relacionadas en las premisas normativas no mencionan que esa obligación del buen consejo de las administradoras surjan solo cuando los afiliados sean beneficiarios del régimen de transición, por el contrario, imponen a las administradoras la obligación de suministrar la información que sea suficiente a los afiliados para que estos tomen la decisión adecuada, es decir, no solo los beneficios del traslado al rais sino también el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se le proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que se van a realizar en el rais con lo que se efectúa en el régimen de prima media, y en general las implicaciones y la conveniencia o no para la eventual decisión. Y eso no puede ser de otra forma, pues tal y como lo refiere la honorable corte suprema de justicia en la sentencia citada, las instituciones financieras son las que cuentan con una estructura corporativa especializada experta en la materia y respaldada en los cumplidos actuariales que son capaces de conocer en detalle lo que les ubique en una posición de preminencia frente a los usuarios, estos últimos no solo se enfrentan a un asunto complejo, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a la barreras derivadas de esas condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de esta decisión. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual que la legislación intenta desequilibrar con la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de el fondo. Si revisamos el plenario, la afp Colfondos en el escrito de contestación de la demanda, que la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación deja constancia que la afiliación fue efectuada en forma libre, espontanea y sin presiones, lo que evidencia que el ingreso de la parte demandante al rais cumplió con las exigencias legales para tal fin, sin allegar la prueba que corresponde sobre lo que son las implicaciones de traslado de régimen pensional, el ofrecimiento y las condiciones en que otorgaron ese traslado, menos aun si le hicieron simulación o proyección a futuro y cuadro comparativo de la pensión de vejez en un régimen y en otro, por lo que se deduce que el fondo no cumplió con ese deber legal de entregar una información que fuera veraz, según la verdadera situación que tenía la demandante para escoger y decidir sobre el mejor régimen para tener la pensión. Y aunado al hecho de que en el alegato de conclusión en el día de hoy, Colfondos se allana a las pretensiones de la demanda y no hace mayor oposición. La afp old mutual, hoy escandia, basa su alegación en cuanto que la suscripción libre y voluntaria del formulario de afiliación de la señora demandante, del folio 73, del cual si bien la demandante firmó al igual que los formatos preimpresos por los fondos que consigna, que lo mismo que la afiliación se hace libre, espontanea y sin presiones y otro tipo de aseveraciones, pues estas no son suficientes para dar por demostrado ese



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

deber de información y para el despacho es claro que esto no convalida el vicio con que ya venía la aquí demandante cuando se afilió con Colfondos. Debe recordarse que según manifestaciones de la demandante en la información que recibió consistió en que era mas beneficioso trasladarse al rais, pues se podía pensionar con una mayor pensión, tener una facilidad de pensionarse antes que en el régimen de prima media, y sobre la terminación del instituto del seguro social, esto significa que no recibió a fondo la información sobre las desventajas de un traslado de régimen ni sobre las modalidades ni los requisitos para obtener su pensión de vejez, como por ejemplo el monto base que se deben tener para obtener la pensión acorde a los ingresos, las variables actuariales y financieras en general, son las circunstancias evidentemente que fueran lesivos para su mesada y que de haber conocido en plenitud la aquí demandante hubieren impedido la decisión que tomó. Aunado al hecho de que se le generó una falsa expectativa de obtener una pensión de vejez a una edad anticipada, sin dar a conocer que eso depende de unos aportes adicionales y no puramente de la decisión del cambio. Debe precisarse que si bien el traslado inicial de la demandante se dio por el año 1997, fecha en la que aun se encontraba decantado el tema de la doble asesoría y buen consejo, desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar al afiliado que fuera libre y voluntaria con la entrega de la información suficiente, transparente que le permita elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella la mejor se ajuste a sus intereses, tan es así que desde la misma ley 100 de 1993, en el artículo 13, literal b, no se introdujo la expresión libre y voluntaria, esto supone el conocimiento que solo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de una decisión de esta naturaleza. Así las cosas y comoquiera que las partes demandadas no cumplieron con ese deber que tenían de la carga dinámica de la prueba, el despacho debe concluir que las demandadas faltaron al deber de información y no le era permitido realizar el cambio de régimen de la aquí demandante, como en efecto aconteció, se puede concluir que fue escaso el material de pruebas que allegaron para controvertir los hechos de la presente demanda, razón por la cual se declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Nidia Torres Lamprea identificada con la cédula 51.614.896 de Bogotá a Colfondos pensiones y cesantías, realizado el 10 de diciembre de 1996, esto es, que no surtió efecto alguno, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta sentencia. Se declarará como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones desde el 15 de diciembre de 1982 hasta la actualidad como si esta nunca se hubiere trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Se ordena a la afp Colfondos pensiones y cesantías identificada con el nit 8001494962, quien es la afp que actualmente administra los aportes de la demandante, devolver la totalidad de los mismos a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones y aportes adicionales de la afiliada Nidia Torres Lamprea identificada con la cédula 51.614.896 de Bogotá, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y las comisiones y sin descontar los gastos de administración con destino a la administradora colombiana de pensiones



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Colpensiones. En lo que tiene que ver con la excepción de prescripción que fue propuesta por las demandadas, esta se declara no probada, toda vez que la declaración de ineficacia de traslado de régimen pensiones es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación. Forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica que no puede extinguirse por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades sin un título legal, y eso cobra mas sentido en la medida que la consecuencia de la ineficacia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque de su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto en realidad lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas de ineficacia surgido con anterioridad al inicio de la litis. En cuanto a las demás excepciones, dadas las resultas del proceso, se tendrán que declarar no probadas. Frente a las costas, sin costas en esta instancia. En virtud de lo expuesto, el juzgado 19 laboral del circuito de Bogotá, en nombre de la república de Colombia y por mandato de la ley, resuelve...”

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas interponen recurso de apelación, así:

PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:

“Gracias señora juez, estando dentro de la oportunidad permitida, interpongo recurso de apelación ante el honorable tribunal de Bogotá, en su sala laboral, en contra de la decisión que se acaba de adoptar el día de hoy. En primer lugar, manifestándole a los honorables magistrados mi reproche en cuanto que al momento de la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, esta decisión se fundamentó en la falta al deber de información que según la juzgadora de primera instancia tenía la afp Colfondos s.a. al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que para esa fecha diciembre de 1996, la realidad del momento, según la normatividad aplicable para esa época era la ley 100 de 1993, y en ella se decía que esa aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por la demandante, así mismo cabe resaltar que para la fecha de suscripción y firma del formulario, no existía la ley 1748 de 2014 ni el decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las afp de una doble asesoría a sus afiliados, es así las cosas que en el análisis de la información suministrada por la afp y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, debe ser valorado solamente bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

formulario, esto es la ley 100 de 1993. Así mismo, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento de traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consisten solamente en la posibilidad de defensa o de la oportunidad de interponer recursos, sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se le juzga. De igual forma, honorables magistrados, el juzgamiento de la conducta que los fondos, con base en normas inexistentes como se hizo por parte del ad quo, no tienen justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto es en base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia, el tan importante principio de la relatividad jurídica, esto es en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de celebración de estos actos jurídicos solo deben repercutir sobre las partes involucradas. Por lo cual, es de tenerse en cuenta, honorables magistrados, que la entidad a la cual represento no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por este contrato que se celebró entre la demandante y la afp Colfondos en su momento. Ahora bien, en cuanto a lo manifestado por la señora juez, en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la afp, y al traer lo señalado por la corte en las sentencias referidas por la juzgadora de primera instancia, a ese tipo de decisiones encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados contaban única y exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento y asentimiento del afiliado respecto de ese traslado, por cuanto la ley es que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible. De igual forma, se evidencia una interpretación errónea del artículo 1604 del código civil, pues la corte suprema dentro de la jurisprudencia objeto de análisis, invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de esa afiliación. Y obliga a que toda carga probatoria recaiga única y exclusivamente en la afp demandada sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza de la demandante. Finalmente, y dicho lo anterior, pongo en consideración de los honorables magistrados, que en este asunto la accionante nació el 19 de julio de 1961, como ya se dijo, y a la fecha cuenta con 59 años de edad, y ha permanecido en el rais por más de 24 años, por lo que la administradora colombiana de pensiones resultaría lesionada con la decisión que se acaba de adoptar el día de hoy, esto en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, el cual está consagrado en el artículo



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

98 de la constitución política y que fue adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, donde reiteramos que el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en el cual se hace la prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no es un artículo caprichoso y tiene una razón de ser, pues al respecto debemos entender que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esa prohibición es proveer al fondo común, para lo cual Colpensiones usa ese fondo común para pagar las respectivas pensiones, como ya se dijo anteriormente, cuando ya se cumple el afiliado con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial. Entonces debe entenderse que los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema, actualmente, ni siquiera son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se sustenta además con la jurisprudencia de la honorable corte constitucional como la sentencia C 1024 de 2004 y además reiterada en la sentencia C 062 de 2010, en las cuales se resalta lo siguiente: que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de decadencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido en el fondo común, como es el caso de la hoy demandante, y que por lo mismo no fueron tenidos en consideración en la realización del calculo actuarial para determinar las sumas que representarían en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste económico pudiesen trasladarse de régimen cuando estuviesen próximos a cumplir el requisito para acceder a la pensión de vejez. Esto ya que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de los cotizantes. Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplido el requisito de edad y semanas puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas cotizadas, permitir que una persona por interés particular, próxima la edad de pensionarse y que estuvo realizando sus aportes durante más de 24 años a otra entidad diferente como lo es el caso de la demandante, se beneficie, resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás afiliados, resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad consagrado en el artículo 95 de la constitución, sino también el principio de eficacia pensional, el cual consiste en obtener mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho el sistema de seguridad social. Con lo anterior, dejo sustentado mi recurso, reiterándoles a los honorables magistrados que se revoque la decisión proferida el día de hoy, y en consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra.”



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por la misma en su recurso de apelación, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora NIDIA TORRES LAMPREA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada COLFONDOS S.A. y su posterior cambio de AFP a OLD MUTUAL y regreso a COLFONDOS S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos, contrario a lo que señala la apoderada de PORVENIR en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, contrario a lo señalado por las apelantes, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 278 01 Dte: NIDIA TORRES
LAMPREA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 17 2019 658 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MANUEL JOSE MARIO TEODORO BERMUDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 15 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; así mismo dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta misma.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la omisión de COLFONDOS S.A. del deber profesional de información. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene el traslado



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

y afiliación del demandante a COLPENSIONES, al régimen solidario de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen. Que se ordene a PORVENIR S.A. fondo en el cual se encuentra afiliado a la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, y todos los rendimientos que hubiere causado. Que en el caso de haberse otorgado pensión al demandante en el curso de la litis, PORVENIR continúe pagando la misma hasta el momento en que sea incluido en nómina por parte de COLPENSIONESA y que se condene a las demandadas al pagos de las costas y agenciasen derecho. (fl.- 5-6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, a partir del 17 de junio de 1.992.
- Que como consecuencia de la publicidad y la gestión realizada por los fondos de pensiones privados, se trasladó al Régimen el día 31 de mayo de 1996, con la AFP COLFONDOS S.A.
- Que la sociedad COLFONDOS S.A., a través de su representante o promotor al momento de la afiliación solamente se limitó a llenar un formato establecido por él mismo, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS.
- Que no le fueron entregadas proyecciones o comparativos de lo que sería el valor o el monto de su mesada pensional.
- Que no se le indicó hasta que edad debía cotizar y con que salarios para acceder a una pensión de vejez igual o por lo menos equivalente a la que recibiría del RPM.
- Que no se le indicó cual era el monto del capital que debía ahorrar para tener una pensión del salario mínimo en el Fondo Privado de pensiones.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que le dieron información que falta a la verdad ya que le indicaron que podía pensionarse a una edad más temprana, sin informarle que debía negociar el bono pensional anticipadamente por debajo de su valor real.
- Que le indicaron que el valor de su mesada pensional sería más alta que en COLPENSIONES.
- Que le indicaron que el Régimen de prima media iba a desaparecer, estando en riesgo sus aportes.
- Que se trasladó de fondo de pensiones a PORVENIR S.A.
- Que solicitó la nulidad del traslado, para dicha solicitud le fue negada por las accionadas. (fl.- 1-5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 29 y 30, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y no procedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 253 - 270).

Al contestar la demanda **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 23, 24, 29, y 30, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 304-326).

Finalmente la demandada COLFONDOS S.A., en escrito de fecha 11 de diciembre de 2019, se allanó a las pretensiones de la demanda. (fl.-303)



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO****DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 15 de julio de 2020, resolvió:

1. *Declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas según las razones expuestas en la parte motiva;*
2. *Declarar que el traslado del señor Manuel Jose Mario Teodoro bermudez, identificado con la cédula de ciudadanía 79.589.906, al régimen de ahorro individual con solidaridad rais, administrado por Colfondos s.a. y su posterior traslado a porvenir s.a. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos;*
3. *Declarar que el señor Teodoro Bermúdez se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad según las consideraciones ya expuestas;*
4. *Ordenar a las administradoras de fondos de pensiones codemandadas, Colfondos s.a. y porvenir s.a., trasladar a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de aseguradoras, bonos pensionales, traslados entre afps, con todos sus frutos e intereses en la forma como lo dispone el artículo 1746 del código civil, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, y sin autorizar a las demandadas a efectuar descuento alguno a título de gastos de administración de la cuenta del demandante;*
5. *Ordenar a Colpensiones a recibir el traslado de fondos que efectúen las administradoras de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad y convalidarlos en la historia laboral del demandante, teniéndose su afiliación sin solución de continuidad, según las razones expuestas;*
6. *Condenar en costas a las demandadas, por secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una de ellas por valor de \$800.000 moneda corriente;*
7. *Se ordena la consulta de esta sentencia, con la sala laboral del honorable tribunal de este distrito judicial a favor de Colpensiones, remítase el expediente al superior.*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que el problema jurídico a que se contrae en la presente controversia que sin duda encaja dentro de los asuntos de la Seguridad Social y que consiste en esencia determinar la procedencia de declarar la ineficacia.

Señala que en el presente caso se cumplen los requisitos establecidos por la H. Corte Suprema de Justicia, a través de sus múltiples pronunciamientos al respecto del deber de información, máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso la demandada COLFONDOS S.A. se allanó a las pretensiones de la demanda, por lo que accedió a las mismas declarando la nulidad del traslado deprecado por la actora en los términos arriba señalados.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, señalando:

“Gracias señor juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, el cual sustento en los siguientes términos: de manera respetuosa, solicito al honorable tribunal superior de Bogotá, revocar la sentencia emitida por el despacho en el presente caso, por las siguientes razones: en primer lugar, y teniendo en cuenta que el allanamiento manifestado por Colfondos, repercute respecto de los intereses de mi representada y en consecuencia respecto de la misma declaración de ineficacia de traslado de régimen pensional, debo indicar que mi representada no comparte la decisión del despacho, en lo relacionado a aceptar el allanamiento por parte de Colfondos. En este caso, a juicio de mi representada, se dan los presupuestos del numeral 6 del artículo 99 del código general del proceso, en el sentido de que el allanamiento es ineficaz, porque en este caso, hay un litisconsorcio necesario y dicho allanamiento no proviene de la voluntad de todos los demandados. Sobre el particular y contrario a lo considerado por el despacho, esta apoderada considera que si se cumplen los presupuestos del artículo 61 del código general del proceso, y que en el presente caso con Colfondos si hay un litisconsorcio necesario. Tan es así que dicha entidad debía ser vinculada a este caso, en atención que fue la entidad que realizó el traslado el régimen pensional del demandante, y en esa medida viene a establecerse las condiciones en las cuales operó tal circunstancia para determinar si mi representada, en virtud de un traslado horizontal, estaba o no obligada incluso a la devolución de los valores por aportes y demás sumas de la cuenta de ahorro individual del demandante. En esa medida no se configuran los presupuestos del artículo 61 del código general del proceso, pues si hay un litisconsorcio necesario y no era procedente la aceptación del allanamiento por



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

parte de Colfondos. Eso en lo que tiene que ver con este aspecto. Ahora, en lo que tiene que ver con la ineficacia del traslado del régimen pensional del demandante, mi representada no comparte las consideraciones expuestas por el despacho en el presente caso, y sobre el particular debe indicar lo siguiente: en primer lugar, considera mi mandante que no había lugar a establecer, como lo hizo el despacho, obligación en cabeza de mi representada en los términos como si se tratara del primer fondo que hiciera el traslado de régimen pensional del demandante, se pasó por alto en este caso que el demandante hizo su traslado de régimen pensional en el año 1996 por Colfondos y que era dicha entidad como tal la que debía cumplir las obligaciones emanadas de la ley vigente en su momento, para efecto de traslado de régimen pensional; sin embargo, se exige a mi representada el cumplimiento de unos presupuestos como si se tratara de la primera entidad que hiciera el traslado de régimen pensional y se pasa por alto que estábamos frente a un traslado de administradora. Por esa razón, considera mi representada que no podía imponerse, como lo hizo el despacho, las obligaciones tendientes a dar toda la información relacionada con un traslado de régimen que no estaba efectuado porque se estaba haciendo un traslado horizontal, como lo reitero en este caso. Ahora bien, mi representada si cumplió con las obligaciones que estaban a su cargo en virtud de ese traslado horizontal, y sobre el particular debe tenerse en cuenta incluso que obra en el plenario el formulario de afiliación donde el demandante de manera libre, voluntaria, firma el mismo y hay constancia incluso de que se le dio información en relación con el régimen. Aunado a ello, dicha manifestación de voluntad de traslado entre administradoras y de inclusive ratificar su intención de estar vinculado al rais, no puede pasarse por alto, dicha manifestación, dicha expresión a través de la firma del formulario que cumplía incluso los presupuestos establecidos por la superintendencia bancaria en su momento, no puede ser considerada como un mero requisito formal, a juicio de mi representada debe tenerse en cuenta que dicha circunstancia es una expresión inequívoca de la voluntad del demandante de continuar en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Adicional a ello, debe tenerse en cuenta que era una persona plenamente capaz, con condiciones para establecer consecuencias del acto jurídico que estaba tomando y que incluso conoce el régimen de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con lo manifestado en el interrogatorio de parte, téngase en cuenta que el mismo reconoce incluso que ha hecho ahorros voluntarios, circunstancias que son propias y características del régimen de ahorro individual con solidaridad y adicionalmente considera esta apoderada que el despacho paso por alto que inclusive mi mandante si acredita el cumplimiento de las obligaciones a su cargo durante el periodo de la afiliación del actor. Y es que obra en el plenario comunicación del 9 de septiembre de 2011, enviada al señor Manuel jose Mario Teodoro bermudez a la carrera 10 #91-11, que corresponde con la dirección que el indicó dentro de sus generales de ley, en la cual mi representada le indica que se encuentra próximo a estar dentro de los 10 años para cumplir los requisitos de pensión, que en esta oportunidad es importante que tenga información completa y adecuada para tomar la mejor decisión, y en ese sentido, se le indica que se debe hacer un análisis de su situación para efecto de que tome las mejores decisiones respecto de su expectativa salarial futura, y se le indica los datos de contacto del asesor para efectos de establecer la debida asesoría, entonces, en esa medida, mi representada incluso en procura de cumplir con sus obligaciones, contactó al actor e hizo las gestiones tendientes para indicarle cuales eran las alternativas y las ventajas que podía tener o por lo menos ilustrarlo para efecto de tomar la mejor decisión antes de entrar en una restricción de cambio de régimen pensional, 10 años antes del cumplimiento de su edad pensional. Entonces se pasa por alto que mi representada si ha cumplido sus



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

obligaciones, así mismo, es claro de acuerdo con el interrogatorio de parte que lo que motiva en este caso la declaración de ineficacia del traslado régimen pensional no es una falta de información, un engaño como tal, acá lo que hay es una motivación de naturaleza económica, y en este caso, mas allá de los supuestos generales o las especulaciones relacionadas con presunto daño, no se ha probado ningún tipo de perjuicio y en todo caso, una motivación de naturaleza económica no puede conllevar de ninguna manera a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional. Es mas, en las condiciones en que se encuentra el actor con 60 años de edad y alrededor de 960 y pico semanas, puede que en este caso le resulte mas beneficioso inclusive permanecer en el rais, ante una eventual devolución de saldos que en el régimen de prima media con prestación definida. Así mismo, considera mi representada que se pasa por alto y se hace caer en cabeza de mi mandante toda la responsabilidad sobre el deber de información, un deber de información e unos términos que no estaba vigente para el momento del traslado o de afiliación del actor en porvenir, e inclusive, para el momento de la afiliación en Colfondos. Debe tenerse en cuenta que las normas legales que regían en dicha época, como el estatuto tributario, la ley 100 de 1993, de ninguna manera obligaban ni establecían una responsabilidad o un deber de información en los términos en que se ha establecido en esta oportunidad, esto ha sido con ocasión como es de conocimiento de todos de un desarrollo jurisprudencial, pero no porque las administradoras tuvieran dicha obligación en ese momento. Entonces, no resulta pertinente ni comparte porvenir que se creen responsabilidades y obligaciones distintas a las vigentes para el momento de la afiliación. Así mismo, pues es claro que se hace caer a mi representada...Un minuto doctora para que termine su intervención) Doctor, con todo respeto, solicito que me permita sustentar en debida forma el recurso de apelación, teniendo en cuenta que es la única oportunidad que tiene mi representada para exponer sus argumentos. (Doctora, yo considero que ya le he permitido que exponga de manera suficiente los argumentos de su inconformidad, y recordemos además que la norma precisa que el recurso simplemente se sustentará con unos argumentos breves y concretos, entonces es simplemente lo que le estoy pidiendo, no le estoy desconociendo ningún derecho ni le estoy vulnerando ninguna garantía, puesto que ha tenido mas o menos 7 u 8 minutos, ya va para 10, con su intervención, entonces por favor doctora tiene 1 minuto mas para que culmine su exposición. Continúe, por favor). Así lo hare, muchas gracias, de igual forma considera mi representada que en este caso se pasó por alto las obligaciones del demandante como consumidor financiero, en el sentido de que también tenía unas obligaciones frente a la información, frente a conocer las implicaciones del traslado de régimen pensional. Debe tenerse en cuenta que no hay norma que regule la ineficacia del traslado de régimen pensional, y por lo tanto a juicio de mi representada no existe ninguna norma legal que así lo justifique. Aunado a ello, mi representada en este caso es un tercero de buena fe, pues recibió al actor proveniente de otro fondo de pensiones, y en esa medida no puede ser valorado el traslado, como si nos encontráramos frente a una administradora que está realizando un traslado de régimen pensional inicial. Por ultimo y en atención al requerimiento del despacho, esta administradora no comparte las condenas en relación con devolución de gastos de administración y seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia por las siguientes razones: es claro que mi representada cumplió con su gestión de administración, tan es así que se está ordenando la devolución de los rendimientos, entonces no comparte la administradora que como consecuencia de la ineficacia al actor si se le entregan los rendimientos fruto de la gestión que hizo la afp, pero no hay lugar a cobrar gastos de administración, estos son situaciones que resultan contradictorias y que desconocen claramente la gestión que hizo mi mandante.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

En lo que tiene que ver con los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, estos valores fueron debidamente trasladados a las administradoras, y el actor cumplió durante todo el tiempo de su afiliación con la cobertura en caso de invalidez o muerte y en ese sentido tampoco se puede desconocer que tales dineros ya cumplieron su propósito, como la cobertura que tuvo el actor, por esa razón no se comparte la condena y en el eventual caso de que se llegue a confirmar la sentencia, se solicita al honorable tribunal revocar las condenas por gastos de administración y seguros previsionales. En estos términos, señor juez, dejo sustentado el recurso de apelación.”

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES, señaló:

“Gracias, señor juez. Encontrándome dentro de la oportunidad procesal y de manera respetuosa, me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de adoptar el despacho en los siguientes términos: el primer aspecto que no comparte esta apoderada con las afirmaciones realizadas en las consideraciones de la sentencia hacen alusión, principalmente a la carga de la prueba que se le atribuye a la parte demandada, particularmente a la administradora porvenir, en el sentido de que si bien han existido diferentes pronunciamiento jurisprudenciales que han indicado la procedencia de la carga dinámica de la prueba en este tipo de asuntos, también lo es que existe diferente jurisprudencia que indica que cada caso debe hacer analizado bajo sus características propias, en ese sentido, para que la carga dinámica de la prueba se pueda implementar en un proceso es necesario que se acrediten los presupuestos establecidos en el artículo 167, inciso 2 del código general del proceso, tales como, cercanía en material probatorio, tener en su poder objeto de la prueba, circunstancias técnicas especiales por haber intervenido directamente en los hechos o acreditarse un estado de indefensión o inferioridad de la contraparte. En ese sentido, y teniendo en cuenta que si bien las codemandadas reconocen el deber de informar a sus afiliados o a sus posibles afiliados que existe inclusive desde la creación misma de la ley 100 de 1993, no es menos cierto que esta obligación se ha formalizado y se ha perfeccionado con el transcurso del tiempo a través de jurisprudencia y a través de normativa emitida con posterioridad inclusive al año de 1996 que obligan inclusive hoy en día a una doble asesoría previa a un traslado de régimen pensional. En ese sentido, no existe una carga que genere la obligación a cargo de las administradoras de pensiones a documentar, o no existió en su momento, a documentar o acreditar a través de cualquier medio probatorio, que se efectuó la debida información o la debida asesoría al momento del traslado en el año 1996, año en el que el demandante realiza el traslado de régimen pensional. No obstante lo anterior, y a fin de esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se da este traslado, se solicita el interrogatorio de parte en el cual se logran identificar aspectos tales como que el demandante no recuerda a detalle la asesoría que se le dio en el año 1996, inclusive la que se le dio con posterioridad por parte de asesores de porvenir que motivaron su traslado de régimen pensional y su traslado horizontal entre administradoras. No obstante lo anterior, también afirma que realizo aportes voluntarios y ello con



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

el fin de generar un ahorro para efectos educativos de sus hijos, tal como lo afirmó en el interrogatorio de parte, lo que permite entrever que si conocía características del régimen de ahorro individual con solidaridad, que si bien no las explicó a cabalidad y que si bien no las recuerda a cabalidad, no quiere decir ello que no se le haya suministrado una información completa que motivara su decisión de manera voluntaria, sino que no existía en ese momento una obligación de documentar y el afiliado no recuerda como en que circunstancias se le dio esa información y se le dio esa asesoría en el año 1996. Adicionalmente, afirma el despacho que las circunstancias que motivan al demandante o que las circunstancias particulares con las que cuenta el demandante, debieron haber generado inclusive la intención de desanimar por parte de las administradoras el régimen de ahorro individual con solidaridad, desanimarlo de realizar un traslado de régimen pensional, dadas estas circunstancias especiales o particulares que tenía el demandante. No comparte esta apoderada esta afirmación que realiza el despacho en el sentido de que las administradoras tenían la obligación de aceptar el traslado y la afiliación del demandante, conforme al artículo 112 de la ley 100 de 1993 y no existía impedimento alguno de aceptarlo, comoquiera que el demandante no se encuentra dentro de las personas excluidas de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad de que trata el artículo 61 de la ley 100 de 1993. Es por ello que no se configuró en el presente asunto, causal alguna que motivara la declaratoria de ineficacia como así lo advierte el despacho de traslado de régimen pensional y la negativa que sostuvo mi representada a aceptar al señor Manuel José Mario Teodoro como afiliado al régimen de prima media con prestación definida, atiende a una prohibición legal establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que imposibilita a mi representada a tenerlo como afiliado al régimen de prima media con prestación definida. En ese sentido, ya planteada mi inconformidad frente al fallo de primera instancia, y solicito a la sala laboral del honorable tribunal de distrito judicial de Bogotá, absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas en esta instancia. Gracias”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los términos de los recursos presentados por las demandas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de del presente proceso.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor MANUEL JOSE MARIO TEODORO BERMUDEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada COLFONDOS S.A. y el posterior, cambio de AFP realizado a PORVENIR S.A. para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

administrado por esta.

En primer lugar, considera esta Sala necesario pronunciarse al allanamiento efectuado por la demandada COLFONDOS, como quiera que la AFO PORVENIR, en su recurso, señala que dicha figura no es procedente.

Así las cosas, es necesario advertir que la recurrente parte de una premisa equivocada, esto es, de la existencia en este proceso de un litisconsorcio necesario, figura que no se da en este caso, en donde los tres demandados concurren, en esa calidad, siendo las pretensiones diferentes para cada uno de ellos.

Básico entonces resulta recordar que el artículo 61 del C.GP., aplicable por analogía al procedimiento laboral, señala que **cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos**, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En el sub-lite se observa que lo reclamado a cada una de las demandadas, **no debe resolverse de manera uniforme**, aunque la parte actora haya decidido, en un solo proceso, vincularlas como parte pasiva.

Es claro entonces que lo que se pretende de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, es la “nulidad” de la afiliación, que significó el traslado de régimen, toda vez que asegura, este obedeció a error y engaño, siendo totalmente posible decidir de fondo, incluso aún, si no se hubiese demandado a COLPENSIONES, pues es del resorte exclusivo del fondo demandado tal conducta.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Insiste entonces la Sala que la relación entre estas tres demandadas no es de las que la norma contenida en el art 61 del CGP indica, esto es de aquellas que por su naturaleza o por disposición legal obligan a resolver de manera uniforme, es decir claro resulta que el Juez está facultado para resolver las diversas pretensiones que de forma independiente se hacen a las demandadas siendo posible **producir una sentencia de fondo, diversa para cada entidad.**

Así las cosas, la norma a aplicar es el inciso final del artículo 98 del CGP, esto es aquel que dispone: “ **Cuando el allanamiento no se refiera a la totalidad de las pretensiones de la demanda o no provenga de todos los demandados; el Juez proferirá sentencia parcial y el proceso continuara respecto de las pretensiones no allanadas y de los demandados que no se allanaron**”

Por lo anterior, y al ser clara la procedencia de la figura del allanamiento en realizada por COLFONDOS en el presente proceso, se continúa entonces con el estudio de los demás puntos esgrimidos por los recurrentes.

Superado lo anterior y en cuanto a la nulidad del traslado, resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos, contrario a lo que señala la apoderada de PORVENIR en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, contrario a lo señalado por las apelantes, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce 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; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido. Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 658 01 Dte: MANUEL JOSE MARIO
TEODORO BERMUDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 23-2019-703-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA CRISTINA DONOSO TORRES

DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE
BOGOTÁ

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de julio de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado concedido en auto anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA DONOSO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que en los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la EAAB y el Sindicato de trabajadores y empleados de servicios públicos, corporaciones autónomas, Institutos descentralizados y territorios de Colombia – Sintraemsdes, el 24 de noviembre de 2015, se pactó que los contratos de



trabajo de quienes se encontraban vinculados a la demandada para la fecha de la firma de dicho instrumento, son a término indefinido; se declare que se encuentra afiliada a la organización sindical en mención, por lo que es beneficiaria de la convención suscrita el 24 de noviembre de 2015 y en consecuencia el contrato suscrito entre ella y la demandada el 15 de marzo de 2013, pactado a término fijo junto con sus adiciones, en realidad es a término indefinido; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la demandada a insertar en su contrato que este es a término indefinido. (fls. 3 y 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que los trabajadores de la demandada crearon la organización sindical *Sintraemsdes*, la cual fue debidamente inscrita y registrada ante el Ministerio del Trabajo, que la demandada y dicha organización celebraron el 24 de noviembre de 2015, convención colectiva de trabajo, la que en su artículo 57 establece que para garantizar la estabilidad de los trabajadores, los contratos se suscribirían a término indefinido y en su inciso 2 se determinó que los contratos de los trabajadores vinculados al 24 de noviembre de 2015, serían a término indefinido; de igual forma, el artículo 58 de dicho instrumento, señala que la demandada podía contratar trabajadores a término fijo, sólo cuando se trate de la realización de una labor determinada, trabajo ocasional, accidental o transitorio o para reemplazo en vacaciones o licencia.

Afirma que se vinculó al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo escrito a término fijo el 15 de marzo de 2013, pactándose su fin hasta el 14 de septiembre de 2013, siendo contratada para desempeñar el cargo de tecnólogo operativo nivel 32, cargo que subsiste en la planta de personal de la demandada, como también las causas que le dieron origen a este, que a través de memorando interno del 2 de septiembre de 2013, la demandada le informó que su contrato se prorrogaba entre el 15 de septiembre de 2013 al 31 de diciembre del mismo año, en el mismo cargo y nivel, nuevamente le informan sobre otras prórroga entre el 1 de enero al 16 de abril de 2014 y entre el 17 de abril al 30 de junio de 2014, del 1 de julio al 31 de diciembre de dicha



anualidad, del 1 de enero al 31 de mayo de 2015 y del 1 de junio al 30 de noviembre de 2015.

Refiere que suscribió un nuevo contrato con la demandada a partir del 2 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2016, contrato al que se le insertó el otrosí, para seguir ejerciendo el mismo cargo y en el mismo nivel, prorrogándolo hasta el 31 de diciembre de 2017, otro en similares términos hasta el 31 de diciembre de 2018, luego al 31 de diciembre de 2019; prestando sus servicios de manera continua e ininterrumpida con la demandada entre el 15 de marzo de 2013 al 31 de diciembre de 2019 y que al ser beneficiaria de la convención colectiva vigente al interior de la demandada, se encuentra vinculada mediante contrato a término indefinido y por ello, su estabilidad no está sujeta al concurso de méritos al que hace alusión dicha convención, los que fueron establecidos para el ingreso de trabajadores con posterioridad a la firma de esta; señala por último que presentó reclamación ante la demandada el 25 de julio de 2019, la que fue respondida de manera negativa. (fls. 4 a 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó los No. 1, 3, 8, 9, 16, 19, 20, 24, 25, 26, 29, 30 a 32 y 35; manifestó no constarle lo No. 2, 4 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe. (fl. 117)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas por la demandante en su contra, sin condena en costas. (fl. 211)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando:

Corresponde establecer si la demandante tiene derecho a que se le reconozca que la modalidad de su contrato de trabajo corresponde a un contrato a término indefinido. En primer lugar, resulta importante resaltar que la entidad demandada no desconoce que la demandante resulta beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita con la



empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá, e igualmente con la organización Sintraemsdes subdirectiva Bogotá 2015-2019, lo que se discute es que la parte demandante da una interpretación equivocada a lo dispuesto en los artículos 57 y 58 convencional; en virtud del cual resulta necesario remitirnos en principio al artículo 57, señala lo siguiente: “artículo 57. Clase de contrato, con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores, entiéndase que todos los contratos que suscriba la empresa con los trabajadores serán celebrados a término indefinido, la empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido, previo concurso de méritos con los criterios del escalafón; respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos será a término indefinido, entendiéndose como tales aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que dieron origen y la materia del trabajo.” Conforme a esta disposición convencional, la modalidad de los contratos de los trabajadores oficiales que se encontraban vinculados a la empresa corresponde a contratos a término indefinido, y teniendo en cuenta que la demandante se encontraba vinculada mediante contrato a término fijo en la empresa de acueducto y alcantarillado, desde el 15 de marzo de 2013, en principio de acuerdo a una lectura rápida podría considerarse que se mutó la naturaleza del contrato y pasaría a ser a término indefinido, dado que el artículo convencional analizado, también hace referencia y compromiso de la entidad para realizar la vinculación de sus trabajadores mediante contrato a término indefinido, previo concurso de méritos; de su redacción se entiende que ello tiene lugar en adelante o hacia el futuro, es decir, para quienes ingresan a partir de esa fecha a la entidad.

Esta interpretación no viola el principio de inescindibilidad de la norma, pues en primer lugar la disposición convencional de manera general hace referencia a la garantía en la estabilidad laboral, y contemplan dos situaciones específicas, una para quienes se iba a vincular a la entidad, los cuales debían ser mediante contrato a término indefinido y para ellos se exigía presentar un concurso de méritos, la otra para quien ya venía laborando la entidad a quienes se le garantizó que quedaban vinculados a través de un contrato de trabajo a término indefinido. Ahora bien, en el artículo 58 convencional, también podría entenderse que la vinculación de la demandante a la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, debía ser a través de un contrato de trabajo a término indefinido, dado que no se encuentra inmersa en ninguna de las situaciones allí previstas para la celebración de los contratos por obra o labor o a término fijo. Ahora bien, sin embargo, para el despacho y después de la lectura de estos dos artículos, no puede desconocer ni pasar por alto el artículo 51 de la convención colectiva de trabajo que es una norma especial, en ese sentido, es de aplicación para el caso en cuestión, norma especial, establece lo siguiente: “artículo 51. Vinculación de trabajadores con contrato a término fijo y obra o labor. La empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y Sintraemsdes Subdirectiva Bogotá, definieron que el régimen de transición iría desde el 1 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2020, los contratos a término fijo celebrados por la EAAB-Esp en la planta transitoria, vencen el 30 de noviembre de 2020.

Las partes acuerdan que a partir del 1 de diciembre, los trabajadores que hoy laboran en procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios de acueducto y alcantarillado, y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la planta oficial definitiva de la EAAB-Esp, por un término inicial de 13 meses, que iría desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme a lo establecido en el capítulo de formalización laboral, contenido en la presente convención colectiva de trabajo.” De acuerdo a esta disposición, reiteramos disposición especial que para el despacho no admite interpretación diferentes sino que es la aplicación de una norma especial, que regula el caso de la demandante y teniendo en cuenta que la demandante venía desarrollando labores relacionadas con la operación de actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa, tal y como se indica en las comunicaciones remitidas a la demandante a través de las cuales se informaba su prorrogación de su contrato, es que la entidad demandada continuó la vinculación de la demandante a través de un contrato a término fijo, y precisamente celebra contrato a partir del 2 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, y ha venido prorrogando el mismo por el término de mayo, es decir, lo que se evidencia es que la entidad demandada ha dado estricto cumplimiento a las



disposiciones convencionales, pues si bien es cierto el artículo 57 convencional planteó de manera general que los trabajadores que venían laborando en la entidad quedaban vinculados a través de contrato a término indefinido y el artículo 58 también convencional, se establecen los casos en los que se podría celebrar contrato de modalidades diferentes al de término indefinido, lo cierto es que el artículo 51 referido en la misma disposición convencional, se planteó una situación especial, específica para un grupo de trabajadores dentro de los cuales se encuentra la demandante.

Es en este sentido que el despacho considera que no hay interpretación favorable diferente, sino la aplicación de una norma especial que regula el tema de la demandante, aunque el juzgado no desconoce que el régimen de transición previsto en el artículo 51 de la convención colectiva de trabajo, fue contemplado para quienes expresamente a la firma de la convención no puede pasarse por alto, reiteramos el artículo 51, quien refiere de manera clara: “los trabajadores que hoy laboran en procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social y los servicios de acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, serán vinculados con contrato a término fijo.” Conforme a ello, no podría entenderse que la vinculación con contrato a término fijo solo aplicaba para quienes ingresaban a la actividad en esa época, cuando la disposición precisa “los trabajadores que hoy laboran” lo que quiere decir que igualmente aplica para los trabajadores ya vinculados. De otra parte, se precisa que el hecho de que mediante Acuerdo 24 del 20 de noviembre de 2015, la junta directiva de la EAAB, hubiere establecido que se crearía en la entidad una planta de 1193 trabajadores, de cargo de trabajadores oficiales a término indefinido para garantizar la prestación de las actividades de operación comercial operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua los cuales eran ejecutados a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial, tampoco permite considerar al despacho que la demandante quedaba vinculada a la entidad mediante contrato a término indefinido, dado que este acuerdo no hace referencia que personal que venía desarrollando los cargos relacionados con las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, quedarían vinculados mediante contrato a término indefinido, sino a la creación de una planta de personal para que desarrollara estas actividades, quienes se vincularan a la entidad mediante contrato a término indefinido.

En ese sentido, las anteriores razones conllevan al despacho a denegar las pretensiones de la demanda, sin que en el presente caso se pueda dar aplicación a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, sentencia SL15963 de 2016, pues en la misma no se analiza lo dispuesto en el artículo 51 referido, bajo el cual este despacho avala la contratación de la demandante, reiteramos, al considerar lo que es una norma especial que regula el trámite de la señora demandante o la contratación de la señora demandante. En ese sentido, se absolverá a la demandada de las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Sustento el recurso de apelación por ahora de la siguientes razones: analizando la sentencia dictada, esta contiene evidentes, claros y por demás notorios y protuberantes yerros, en efecto, lo primero que advertí en mi alegato fue sobre el deber y la obligación que tiene el juzgador de aplicar el principio de la favorabilidad y para ello cité a un marco normativo y varios fallos de la honorable Corte Constitucional, en aras de ello mereció valoración alguna, desafortunadamente ya la sentencia venía dictada, no era más sino volverla a leer, de tal forma que presentar alegatos ya en la realidad no tiene sentido. Se ha dicho en la sentencia, sorprendiendo a todos, que el principio de la favorabilidad lo aplica a favor de la empresa, resulta total y absolutamente desacertado, totalmente equivocado, se incurre en craso error afirmar que el artículo 51 de la convención es una norma especial y bajo ese argumento y bajo el amparo de esa norma, absuelve a la demandada. Este trivial argumento que el artículo 51 de la convención es una norma



especial, no puede tener cabida, en la convención en ninguna parte, en ningún acápite de la convención se dice que existen normas especiales, la convención es igual, todas las normas son iguales, por eso de ahí la tarea que tenía el señor juez de analizar un capítulo de las normas transitorias, artículo 49 y siguientes, y las garantías laborales. Aquí se debe garantizar el trabajo de la demandante, no garantizar el derecho de la demandada porque los dos capítulos son totalmente diferentes, en el capítulo del régimen de transición se estaba haciendo alusión exclusivamente a los concursos y los concursos para quienes son, para quienes fueron, los concursos son para los ascensos y para las personas nuevas, por eso se llaman normas transitorias. Posteriormente, se establece el capítulo 7 que es una norma posterior y bien se sabe, por principio de derecho desde 1887, ley 153, que la norma posterior prima sobre la anterior, y en los artículos 57 y 58 que hace alusión a garantías laborales, que es lo que se buscó ahí señor juez, honorables magistrados, que los trabajadores tuvieran garantías laborales, no que vivieran la zozobra de los concursos de las normas transitorias, y ahí muy clara, en forma muy expresa, muy taxativa, una lectura fácil y elemental dice que los contratos de los actuales trabajadores de la empresa serán a término indefinido. Y para ratificar que esos contratos de los trabajadores son a término indefinido, el artículo 58 dice cuando única y exclusivamente la empresa puede contratar a término fijo, que son los 4 eventos que señala ese artículo 58, y dice a continuación también en forma muy clara, muy precisa, muy concreta, que los demás contratos de trabajo lo serán a término indefinido, luego existen dos normas que son muy claras, no son normas especiales, la convención no trae normas especiales, de donde acá se va a decir que el régimen de transición si tiene una norma especial y el de garantías laborales no tiene norma especial, una total desatención en la interpretación de las normas, los dos artículos 57 y 58 posteriores al régimen de transición hablan de garantías laborales, de estabilidad del trabajador. Allí se dice que los contratos de trabajo son a término indefinido, dice: los trabajadores que actualmente se encuentren vinculados, sus contratos serán a término indefinido, y el 58 que no pueden contratar trabajadores a término fijo, sino única y exclusivamente para 4 eventos dentro de los cuales ninguno de ellos se encuentra la demandante. En consecuencia, su trabajo es claramente un contrato a término indefinido.

Ahora, si a pesar de esa claridad de los artículos 57 y 58, existe controversia sobre los artículos del régimen de transición, porque aplicar la favorabilidad para la empresa diciendo que el régimen de transición prima prevalece, tiene más importancia, es norma especial, sobre el régimen de garantías laborales. No tiene ninguna explicación, en la sentencia no se explica, no se entrega ningún argumento, ninguna razón del porqué los artículos del régimen de transición, como lo dijo en la sentencia el señor juez, es una norma especial, de donde sale que esos artículos del régimen de transición son normas especiales, es una creación del sentenciador de primera instancia sin ningún argumento, sin ningún sustento, simplemente afirmó que era una norma especial, pero no dijo por qué es una norma especial. Además, la interpretación que se hace del acuerdo 54, también es desafortunada, el acuerdo dictado por el Alcalde mayor de Bogotá, donde fijó que los contratos de los trabajadores eran a término indefinido, que hizo, ratificar lo que ya se había pactado en otras convenciones. Es que además la convención dice que se aplicará las convenciones en lo favorable al trabajador, y todas las convenciones han venido señalando que los contratos de los trabajadores son a término indefinido, así lo dejó claro también el alcalde mayor al expedir la resolución, mediante la cual declaró que los contratos de los trabajadores de más de 1000 trabajadores de la demandada eran a término indefinido.

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación planteado, se tiene que en el presente asunto, no ofreció reparo la existencia de la relación laboral entre la demandante y la empresa de servicios públicos demandada a través de contrato de trabajo a término fijo, prestación del servicio que inició el 15 de



marzo de 2013, cuestión esta última que fue aceptada por la demandada en respuesta a la narración del hecho No. 8 de escrito de demanda, de igual manera, aceptó las prórrogas efectuadas a dicho contrato inicial y que la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en la convención colectiva de trabajo pactada para la vigencia 2015 – 2019, allegada a folio 55 del plenario.

Así las cosas, corresponde analizar las disposiciones convencionales cuya aplicación invoca la parte demandante, a efecto de determinar si como este lo indica, su vinculación es a término indefinido; siendo la primera de estas el artículo 57 del cuerpo convencional en mención que señala en cuanto a la vinculación de los trabajadores de la demandada:

Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores, entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de méritos con los criterios del escalafón.

Por su parte, el artículo 58 indica:

La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

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

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

De las normas convencionales antes transcritas, en especial el artículo 57, en el que se señala con claridad que los trabajadores que venían a la firma de dicha convención vinculados con la demandada como es el caso de la demandante, serían vinculados con contrato a término indefinido, se podría concluir en principio que la vinculación a término fijo de la demandante en realidad corresponde a término indefinido por virtud de dicha disposición.

No obstante lo anterior, conforme se verifica del primer contrato suscrito por la demandante con la demandada visible a folio 19 del plenario, la vinculación de esta tuvo como objeto el adelantamiento de los estudios



correspondientes para definir el modelo público de gestión comercial operativa y social de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, señalándose que por ello se hacía necesario la suscripción de contratos a término fijo por el periodo de 6 meses, conforme los artículos 23 a 25 de la convención colectiva 2012 – 2014, la que no fue aportada al plenario.

Así las cosas, se tiene que para la fecha de vigencia de la convención colectiva 2015 – 2019, cuya aplicación se deprecia, el contrato laboral de la demandante se encontraba vigente pues como se indicó, el primero de ellos se suscribió el 15 de marzo de 2013, quedando igualmente demostrado que se prorrogó en múltiples ocasiones de manera ininterrumpida como se observa de folios 21 a 26 del plenario, prestación del servicio por virtud de dicho contrato que tuvo lugar hasta el 30 de noviembre de 2015 (fl. 26); observándose a folio 24 que la prórroga de dicho contrato obedeció a la ampliación de la vigencia de la **planta provisional** de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa creada por el Acuerdo 23 de 2012.

De igual forma, a folio 27 obra suscripción de nuevo contrato a término fijo entre la demandante y la demandada con fecha de inicio del 2 de diciembre de 2015, que también ha sufrido diferentes prórrogas como se observa de folios 30 a 32 del plenario.

Conforme lo señalado en precedencia, se itera que si bien a la firma de la convención colectiva 2015 – 2019 el contrario primigenio que unió a las partes en litigio se encontraba vigente, lo cierto es que este feneció el 30 de noviembre de 2015, de tal manera la nueva vinculación que tuvo lugar a partir del 2 de diciembre de la anualidad en mención se realizó en vigencia de dicho acuerdo convencional, sin que se haya alegado o se advierta unidad contractual alguna entre dichos vínculos, razón por la cual observa la sala que no puede predicarse que dicha vinculación de la demandante sea a término indefinido en los términos del artículo 57 de la convención tantas veces citada, siendo pertinente resaltar que tales instrumentos deben interpretarse de manera integral y la aportada al plenario regula en los



artículos 38 a 58 disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y conformación de la planta de la EAAB, que deben ser analizadas de manera sistemática y que señalan en lo que interesa a este asunto:

CAPITULO V ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EABESP: *La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos. Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB-ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.*

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva. Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

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

(...)

Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por



cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo. (...)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES RAD. 110013105-020-2019-00667-01 11 Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, **para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP.** (...)

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

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

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

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá **definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EABESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...).** (Negrilla fuera del texto original)

En desarrollo de las anteriores normas, el artículo 53 de la convención analizada, dispone la creación de concurso de méritos dentro de la demandada para proveer las vacantes del personal bajo la modalidad a término indefinido que resulten de la adopción de la *planta de personal definitiva*, señala dicha disposición:



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

Es así como del clausulado transcrito se logra determinar que si bien la demandada estipuló la contratación de sus trabajadores en la modalidad a término indefinido, salvo las excepciones previstas en los artículos 57 y 58 del instrumento convencional bajo análisis, en el mismo y como lo indica la demandada en sus alegaciones, se pactó por las partes que los trabajadores que venían laborando para la época en los *procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios de acueducto y alcantarillado y los del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo*, terminarían su contratación para ser vinculados nuevamente a partir del 1 de diciembre de 2015 en planta de personal **permanente** de la demandada, mediante contratos a término fijo inicialmente por 13 meses y prorrogables durante la vigencia del régimen de transición antes descrito, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2020, quedando demostrado como se dijo al inicio de las consideraciones de este pronunciamiento, que la demandante fue contratada para desempeñarse en dicho proceso, como se corrobora entre otros a folios 19, 24 y 25 del plenario.

De igual manera y como lo indica la recurrente también en sus alegaciones si bien mediante el Acuerdo 024 del 20 de noviembre de 2015 aportado por la demandada a folio 188 del plenario y que modificó el Acuerdo 12 de 2007, se crea al interior de la demandada una planta de personal de 1193 cargos oficiales vinculados a través de contrato a término indefinido para garantizar *la prestación de las actividades de operación comercial, operativa de acueducto y de gestión social* en forma permanente y continua; lo cierto es que durante la vigencia del régimen de transición pactado convencionalmente, se le permitió a esta la provisión de dichos cargos a término fijo con el fin de garantizar el adelantamiento del respectivo concurso de méritos para proveer de manera definitiva los mismos.



Es así como atendiendo las condiciones particulares de la vinculación de la demandante, resulta claro que esta se aviene a lo previsto en el artículo 51 de la Convención Colectiva aportada, como quiera que fue en ella donde se pactó que la planta transitoria, a la cual se encontraba vinculada la actora, fenecía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que terminó su contrato primigenio suscrito con la demandada y si bien como se señaló fue contratada nuevamente a partir del 2 de diciembre de 2015 para desempeñar el mismo cargo esto es, el de tecnólogo operativo nivel 32, lo cierto es que esta vinculación bajo la modalidad a término fijo estaba autorizada por el acuerdo convencional, ya que se itera, quedó demostrado que dicho cargo pertenecía a la anterior planta provisional, siendo creado de manera definitiva según el artículo primero del ya referido Acuerdo 024 de 2015 al que le está encargado «*la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social*», a las que se refiere el denominado régimen de transición previsto en el artículo 51 de la convención bajo análisis y que permite «transitoriamente» la vinculación de este grupo de trabajadores a través de contrato a término fijo.

Por último, resulta pertinente indicar a la recurrente que la decisión de primer grado no permite concluir que se haya fallado de manera favorable a los intereses de la demandada, pues analizada la convención colectiva cuya aplicación se invoca, la creación del régimen de transición previsto en esta, lejos de desconocer los derechos de los trabajadores vinculados, garantiza la igualdad de oportunidades a estos para el acceso al trabajo, para lo cual como se vio, se diseñó el sistema de concurso de méritos en virtud del cual, los trabajadores con contrato a término fijo tienen la posibilidad de participar en él en aras de acceder a las vacantes a través de contrato a término indefinido, como de hecho así lo ha hecho la demandante como se observa de certificación expedida por la Universidad Nacional y visible a folio 206 del plenario y que da cuenta que se ha presentado a 5 convocatorias para la provisión de cargos al interior de la demandada.

Por los anteriores razonamientos, habrá de **confirmarse** la sentencia recurrida.



Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado