

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA  
SALA LABORAL**

**PROCESO ORDINARIO No.25-2017-659-01**

**ASUNTO: APELACION SENTENCIA**

**DEMANDANTE: WILSON PEÑA REYES**

**DEMANDADO: POLYCET SAS**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio 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:

**DECISIÓN**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferido por el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, el día cuatro (4) de septiembre de dos mil veinte, (2020) por medio del cual resolvió **ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.** (fls 285 y Siguietes).

**PRETENSIONES**

El señor **WILSON PEÑA REYES** a través de apoderado instauró demanda en contra de **POLYCET SAS** para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, que durante su desarrollo el actor sufrió un accidente de trabajo el 26 de septiembre de 2014, que su contrato de trabajo se dio por terminado de manera ilegal, pues al momento del despido el demandante se encontraba en estado de debilidad manifiesta por los varios quebrantos de salud que le diagnosticara su EPS, que no fue escuchado en descargos antes del despido sin justa causa, que no solicito permiso al Ministerio y en consecuencia solicita se declare ineficaz el despido y se reintegre al cargo que venía desempeñando y al pago de salarios y prestaciones, sanción moratoria, indexación. (Fls 3 al 17).

## HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma el demandante que prestó servicios para la demandada desde el 7 de abril de 2011 y hasta el 8 de octubre de 2014 fecha en que le terminaron el contrato sin justa causa y sin acudir al Ministerio de Trabajo ya que se encontraba en estado de debilidad manifiesta, en forma posterior a un accidente de trabajo sufrido el 26 de septiembre de 2014, siendo atendido en la clínica de ortopedia y accidentes laborales, que tuvo dos días de incapacidad, que el 30 de septiembre de 2014, acudió al médico porque persistía el dolor en el hombro izquierdo, que durante la ejecución del contrato le fueron diagnosticadas varias enfermedades, que al momento del despido la empresa conocía el estado de salud del demandante, pues tuvo varias incapacidades y le dio varios permisos para asistir al médico, que fue despedido sin permiso y sin ser escuchado en descargos, que al momento del despido el demandante devengaba el salario mínimo y se quedó sin servicio médico. (Fls 3 al 17).

La demanda fue contestada, la cual se opuso a las pretensiones de la demanda excepto a la declaración de existencia del contrato, afirmando que el contrato se terminó por justa causa, mediante un trámite disciplinario estando el demandante laborando normalmente. En cuanto a los hechos aceptó el contrato y los extremos en que se desarrolló negó en su mayoría los demás señalando que no estaba la empresa a pedir permiso alguno, que el demandante gozaba de buena salud. Propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido, buena fe, mala fe del demandante y genérica. (fls 207 a 216).

Tramitada la primera instancia el juez 25 Laboral tomó la decisión que hoy revisa la Sala afirmando en síntesis lo siguiente: *"... En primera instancia, y en tratándose de la relación laboral sobre este tópico no se tiene discusión alguna, ello comoquiera que con los hechos de la demanda y de la contestación a la misma, los enumerados 1 y 2 son aceptados por las partes, con lo cual se establece que la relación laboral lo fue mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 7 de abril de 2011, el obra a folios 18, 18 vuelto, 113, 113 vuelto y 217, 217 vuelto, aportados por las partes, de donde se extrae la siguiente información: el cargo desempeñado auxiliar de servicios generales, el salario devengar por el accionante para esa época \$537.000, la ciudad donde se realizará la prestación del servicio,*

esto es Bogotá, por consiguiente, revisado el expediente se constata que la terminación del contrato se soporta en la prueba documental, folios 19, 114 y 219, esto es, la carta de despido unilateral por parte de la empresa por justa causa, con fecha 8 de octubre de 2014, motivada con base en lo dispuesto en el numeral 6, literal a del artículo 62 del código sustantivo del trabajo, en concordancia con los artículos 58 y 60 ibidem, junto con el pago de la liquidación de prestaciones sociales, como se repara a folio 218 por la suma de \$1.066.000 a favor del aquí demandante. Establecido entonces como están los extremos de la relación laboral, cargo desempeñado y remuneración devengada por el demandante, se procede entonces a analizar si la terminación del contrato lo fue de manera injusta e ilegal, como lo aduce la activa, dado que según su dicho, la motivación real de la misma fue con ocasión a la presunta limitación que padecía el trabajador, quien tras haber sufrido un accidente laboral el 26 de septiembre de 2014 y estando recibiendo atención médica para su recuperación de la capacidad laboral, su empleador no solicitó permiso del inspector del trabajo para proceder a su desvinculación, en consecuencia, solicita se ordene la reinstalación del actor al cargo que desempeñaba al momento de su despido, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, según y conforme la sentencia c 531 de 2000. Miremos entonces en primera instancia el tema de la ineficacia del despido. Como se señaló, la petición principal de la demanda recae en la posibilidad de que se condene a la demandada a la reinstalación del actor por haber sido ilegal su despido, junto con el pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, conjuntamente con todas las prestaciones sociales a que hubiere lugar, así como a salarios dejados de percibir causados entre la fecha del despido y la terminación al cargo, costas y lo que resulte probado ultra y extra petita. Su fundamento de las pretensiones, según razones de derecho, reposan a folio 105 a 109 del plenario, está la protección especial consagrada en la ley 361 de 1997, la cual se establece para los sujetos protegidos por el fuero de salud, ese artículo dice lo siguiente y se cita: artículo 26. En ningún caso la limitación discapacidad 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 180 días de trabajo, 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 o aclaren.” Entonces, para tener derecho a la protección que brinda el artículo 26 de la ley 361 de 1997, el trabajador

no solo debe demostrar que el motivo de su despido fue su limitación, sino que además para dicha fecha su estado de salud estaba comprometido para establecer el grado de limitación que afecta la misma, carga probatoria que le corresponde a la parte demandante, conforme lo prevé el artículo 167 del código general del proceso, aplicable por analogía conforme nuestro ordenamiento procesal laboral. Ahora, en relación con esta obligación probatoria, se tiene que de vieja data se ha establecido que quien pretenda ganar un proceso debe probar los hechos en los cuales fundamenta su demanda, entre lo que se trae a colación esa sentencia de vieja data del 19 de mayo de 1995, corte suprema de justicia, magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Al analizar entonces el material probatorio, el acervo probatorio arrojado al proceso debe tenerse en cuenta lo siguiente: primero, que obra como pruebas documentales a favor de la parte accionante las que se encuentran relacionadas a folio 109 y 110, obrantes a folios 18 a 92 y 113 a 188, que el juzgado no mencionará en detalle en este instante una a una, pero irá haciendo alusión a las mismas en el desarrollo de la presente decisión. De igual manera, la parte accionada dentro del presente proceso allegó como documentales las que se recibió en la contestación de la misma radicadas a folios 125, que reposan a folios 217 a 274, que en el mismo sentido el despacho no menciona taxativamente, pero hará referencia a las mismas en el desenlace del caso que nos ocupa. Siendo esto así, y por consiguiente tenemos que a folio 157 a 188 existe y está radicada la historia clínica emitida por compensar eps al demandante donde consta que este último ha padecido dolencias de salud desde el 2011 y en adelante tales como: trastorno de la refracción h.919, hipocausia no especificada, hipoacusia neurosensorial bilateral, tendinitis de bíceps y tendinitis en hombro y codo asociados a actividad laboral, lesiones del hombro no especificadas, síndrome de abducción dolorosa del hombro, epicondilitis lateral, padecimientos estos que se acompañan con los hechos relatados por le activa a folios 100 a 102. Es de advertir, este operador judicial, que en las presentes diligencias no obra dictamen alguno realizado al demandante de pérdida de capacidad laboral o disminución de la pcl, ni obra prueba de incapacidades existentes al momento o al menos cercanas a la fecha del despido por parte del empleador al trabajador, esto es, para el día 8 de octubre de 2014 por parte de la eps o arl a la cual estaba afiliado el actor o restricciones medicas que guarden relación con el evento ocurrido el 26 de septiembre de 2014, conforme lo expresó el demandante del hecho 9 a folio 99 sobre el diagnostico dado por el medico tratan de ese entonces “dolor lumbar de 3 horas de evolución al levantar unos tubos de cartón en actividad laboral” de tales dolencias, como ya se dijo, el despacho encuentra que tan solo algunas de las mencionadas le ocasionaron incapacidades no mayores de 2 a 3 días, así como los planes de manejo dados por la eps compensar, relacionados en vías de ejemplo con ejercicios o posturas ante padecimientos de origen común, mas no se indica que fueran recomendaciones

frente a su puesto de trabajo o al cargo desempeñado, con lo cual afectara el desempeño de las labores del accionante, con lo que se pudiera inferir que las mismas fueran de origen profesional, como lo pretende hacer ver al juzgado la parte actora en su demanda. Lo anterior indica que el accionante al momento de la terminación del contrato 8 de octubre de 2014, no contaba con dictamen que certificara un posible porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, tampoco así que determinado el origen de la enfermedad alegada por el actor de carácter laboral o profesional, pues con la documental obrante en el presente proceso no se puede dilucidar tales aspectos medico legales. Aunado lo anterior, si se quiere tener como referencia el concepto emitido por la arl sura del 9 de abril de 2015, folios 238 y 238 vuelto, aunque posterior al despido del trabajador, en ese documento se establece que el evento ocurrido el 26 de septiembre de 2014 “no corresponde con la definición de un accidente de trabajo, de acuerdo con los lineamientos de la legislación vigente, según el análisis realizado se concluye que la lesión presentada no es consecuencia del evento reportado, ya que no se identificó un factor de riesgo que guarde relación de causalidad con la lesión descrita (no hay sobreesfuerzo, movimientos forzados y/o postura forzada)” Continuando con el análisis del restante caudal probatorio, encontramos también lo siguiente: interrogatorio de parte inicialmente la parte activa solicitó el interrogatorio de parte del representante legal de la parte accionada, señor Germán Alberto Tamayo López, quien en audiencia del 24 de agosto de los corrientes, procedió a absolver el interrogatorio que le hiciera la parte activa por conducto de su apoderado judicial, interrogatorio que el despacho no transcribe literal sino lo resume de la manera que sigue así: en cuanto al estado de salud del demandante a la terminación del contrato laboral, señala que el mismo se encontraba en buen estado de salud, sobre el accidente laboral acaecido al demandante en las instalaciones de la empresa demandada y estando dentro del horario laboral, respondió que no es cierto que el demandante hubiese sufrido accidente alguno, y aclara que la arl sura emitió un dictamen o concepto que refuerza lo antes mencionado, y que los padecimientos alegados por el accionante eran dolencias originadas de tiempo atrás, en cuanto a si se hizo o no el reporte o informe donde se vio involucrado el demandante, respondió que la empresa si reportó el accidente de trabajo a la arl a la cual estaba afiliado el accionante y ellos la arl sura determinó que lo acaecido por el actor no fue tal, señalando que realmente aconteció accidente de trabajo, fue que el trabajador al levantar unos pesos sintió un dolor y ellos hicieron el procedimiento, que fue enviarlo a la arl y estos últimos después de los exámenes e investigación determinaron que no era un accidente de trabajo, que de igual manera la arl realizó un estudio al puesto de trabajo y reitera que según concepto emitido por dicha entidad, nunca fue considerado como accidente laboral según concepto fue expedido el 19 de marzo de 2015. Confirma, sigue diciendo el declarante, que el despido al trabajador lo fue

el día 8 de octubre de 2014, día después a una incapacidad que le había emitido la eps compensar por dos días, pero dicha incapacidad ya estaba vencida y por ello el trabajador se encontraba trabajado, por tanto, aduce que mal haría la empresa en haber tenido laborando a un trabajador con una incapacidad vigente y que la empresa es y ha sido muy cuidadosa en esos asuntos. Señaló el interrogado, así mismo, que desconocía sobre una disminución auditiva y visual del demandante, conforme al folio 42 señalado por la activa, pues aclara que al despacho que tal documental la vino a conocer en las presentes diligencias y la empresa no tenía conocimiento de las mismas, que tales situaciones mencionadas por la activa no afectaban en sus labores a realizar por el trabajador. Finalmente, dice el interrogado, afirma que la empresa no sabía sobre un posible padecimiento de manguito rotador sufrido por el demandante al momento del despido, por ello al no tener conocimiento considera que el demandante no informó al empleador, en consecuencia, al no estar incapacitado el trabajador, no se adelantó autorización ante el Ministerio del trabajo por cuanto el despido al trabajador lo fue con justa causa y no por motivos de salud o similares. Por su parte la parte pasiva, solicitó también el interrogatorio del demandante quien asistió a la audiencia el 24 de agosto de 2020, para tales efectos y contestó las preguntas elevadas por la parte actora, que el despacho no las transcribe textualmente pero las resume de la siguiente manera de su declaración así: reconoce el actor que si tenía un llamado de atención el 10 de octubre de 2013 y el 21 de abril de 2014, y como resultado de una investigación le fue sancionado por su empleador por dos días. Así mismo, confirma no haber aportado el examen de egreso a la empresa, el cual reposa a folio 43 del expediente, comoquiera que la entidad donde lo atendieron y fueron realizados esos exámenes “unidad médica Rionegro Ltda” le dijeron al demandante que ellos mismos le harían llegar el examen al empleador, acepta que para el día del despido 8 de octubre de 2014 si estaba laborando normalmente en las instalaciones de la empresa, pero aduce que estaba en terapias del manguito rotador, confesando que las incapacidades dadas al mismo fueron por la eps y no la arl. Ratifica que, si fue debidamente reportado el evento o accidente de trabajo ocurrido el 26 de septiembre de 2014 ante la arl, y finalmente expresa que al momento de la terminación de la relación laboral si recibió el pago de prestaciones sociales por parte del empleador, hoy demandado. Con todo lo anteriormente expuesto, tanto documentalmente como en las declaraciones de parte, componen el acervo probatorio recaudado para este despacho claramente y conforme a lo solicitado en la demanda no existen pruebas documentales que confirmen lo aducido por el demandante, en relación a estar incapacitado o tener restricciones medicas emitidas por parte de su eps, con lo que se puede concluir que no logra demostrar por la parte demandante que al momento de la desvinculación tuviera incapacidad alguna para ejercer las labores de su cargo, pues probado al

expediente está que para el día 8 de octubre de 2014, fecha en la cual se le hizo entrega de la carta de terminación del demandante, este no estaba ni incapacitado ni tenía restricciones laborales, pues como se confirmó del interrogatorio practicado al mismo, este se encontraba trabajando normalmente. Ahora, en cuanto a la pérdida de capacidad laboral si bien el despacho no desconoce que el actor fue objeto de atención médica por diversas situaciones medicas presentadas conforme enseña la historia clínica emitida por compensar eps al actor, y que obra a folio 157 a 188 del expediente, también lo es que no reposa prueba alguna que de certeza al despacho que se conocía por parte del demandado procedimientos médicos de origen laboral o el mismo examen de egreso, que por demás ordenó el empleador al empleado realizarse y que el mismo actor aporta como prueba a folio 42, pese a no ser conocido por la empresa como lo señaló la parte accionada, donde consta únicamente la presencia del resultado de la audiometría y la recomendación al actor de suspender el uso del cigarrillo. Aunado a lo anterior, tenemos también que el actor elevó acción constitucional ante los jueces civiles del circuito de esta ciudad, con radicado 20150045, donde el juzgado 15 civil del circuito de Bogotá tal como obra a folios 30 a 34, copia fallo de tutela de segunda instancia, motivo en su decisión judicial lo siguiente: "en primer término, debemos tener en cuenta, que el accionante según lo informado en los hechos de la acción de tutela, tiene una enfermedad de origen profesional síndrome del manguito rotador del brazo izquierdo, cervicodinitis del brazo izquierdo y túnel del carpo del brazo izquierdo, tiene una hernia umbical que está para orden de cirugía, si bien es cierto se allegaron varias incapacidades otorgadas al trabajador despedido en ninguna se refiere a una incapacidad dada para la época en que fue despedido, además que en ellas se refieren a una enfermedad catalogada como de origen general, es decir, que no se encuentra probado que las mismas hayan sido otorgadas por medicina laboral de la arl sura, aunado al hecho que tampoco se encuentra dentro de las recomendaciones, la sociedad accionada le haya terminado el contrato de trabajo a partir del 8 de octubre de 2014, sigue diciendo esta sentencia, pues bien, de acuerdo a la documentación allegada a la acción de tutela por las partes no se aporta prueba que califique al accionante como una persona invalida o discapacitada o limitada que sea necesario su protección inmediata, pero al contrario, no se ha determinado el origen de su enfermedad ni que estas se produzcan por la labor ejecutada y que estas hayan sido las que generaron alguna de sus incapacidades, y de esas valoraciones medicas no puede establecerse que sea una persona con limitación de incapacidad como lo define el artículo 26 de la ley 361 de 1997, o que para el momento de la terminación del contrato estaba incapacitado o que padeciera de una enfermedad catastrófica, es más, como lo afirma el empleador al momento de la terminación del contrato de trabajo, este estaba desarrollando la labor para la que fue contratado, servicios generales, es que

*ni siquiera el accionante en su acción de tutela como de los medios probatorios se alega una limitación tal que no pudiera desarrollar su trabajo y que por lo tanto el despido le ocasione perjuicios graves, así pues, la protección laboral, sigue diciendo esta sentencia, reforzada decretada a través de la ley 361 de 1997 no aflora en este caso, pues no se probó la relación directa entre el despido y el estado de salud o incapacidad laboral del trabajador, teniendo en cuenta los documentos aportados dentro de la tutela por parte de la accionada, pues según se afirma la terminación del contrato de trabajo fue por determinación unilateral de la empresa, dados los hechos que la generaron para ella, pero reiterase, no se prueba el estado de invalidez o incapacidad del trabajador, lo cual cierra cualquier discusión.” En ese sentido entonces debemos recordar que el fundamento constitucional de la protección al trabajador por el fuero de discapacidad estriba precisamente en que exista o esté demostrada dicha limitación física, y que el empleador a sabiendas de ello lo despida, sin haber recurrido al procedimiento previo del permiso ante el ministerio del trabajo. Subsiguientemente se debe anotar por parte de este despacho que ha seguido en ese sentido los lineamientos jurisprudenciales de la honorable corte suprema de justicia, sala de casación laboral, el cual se ha referido en torno al tema que nos ocupa, esto es, la protección especial prevista en la ley 361 de 1997, señalando que se debe acreditar el grado de limitación que el trabajador tenía para el momento del despido, así lo señala la sentencia 35606 de 2009, magistrada ponente doctora Isaura Vargas Diaz, y la cual se cita: “De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, se requiere: 1, que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a, con una limitación moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15 y el 25%, b, severa, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora, o c, profunda cuando el grado de minusvalía supera el 50%; 2, que el empleador conozca de dicho estado de salud; y 3, que termine la relación laboral por razón de su limitación física y sin previa autorización del ministerio de la protección social.” Y en decisión dentro del proceso también encontramos otra sentencia de la corte suprema de justicia, radicado 39207 de 2012, magistrado ponente doctor Jorge Mauricio Burgos, que sobre este aspecto señaló lo siguiente: “En todo caso, para despejar cualquier duda que puede suscitar la precitada sentencia en cuanto al nivel de limitación requerido para el goce de la protección en cuestión, esta sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 de 2008, consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número*

de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del decreto 2463 de 2001) a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento.” Posición que se refuerza también con el procedimiento más reciente de esta misma sala de la corte suprema de justicia del 29 de junio de 2016, magistrado ponente doctor Fernando Castillo Cadena en la sentencia sl10538 de 2016, que aseguró lo siguiente: “Con las precisiones que anteceden, el tribunal sí incurrió en los desaciertos fácticos y jurídicos que le endilga el censor, al exigirle a la demandada la autorización del ministerio del trabajo para poder despedir a la demandante, sin que existiera certeza de la limitación o discapacidad en el porcentaje que se exige para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues el estrés laboral que padecía la actora y la solicitud de reubicación laboral que se le formuló al empleador, no son suficientes para considerarla como una trabajadora con limitación física, psíquica o sensorial en los grados a que se refiere la norma en cita, máxime que en el sub iudice, como lo destacó el mismo juzgador de la apelación, la demandante no fue incapacitada, ni se le diagnosticó médicamente discapacidad alguna para el momento de su desvinculación.” Comoquiera que en este caso que se analiza, brilla por su ausencia que el nivel de la limitación o posible discapacidad que afectaba al demandante al momento de la finalización del vínculo, es decir, lo que la línea jurisprudencial contempla como moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15 y el 25% o b, severa mayor de 25 pero inferior al 50 de la pérdida de capacidad laboral o c, la profunda, entonces no se cumple como uno de los requisitos exigidos por la norma citada y la jurisprudencia antes señalada, teniendo con ello absoluta claridad que el accionante no podía ser sujeto entonces de protección por fuero de discapacidad ni de derecho a acceder a lo establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1997. Así las cosas, conforme a lo anteriormente expuesto, no se demostró que para la fecha en que finalizó la relación laboral, el actor se encontraba en discapacidad o limitación en su salud, ni mucho menos que esta tuviera su origen en los padecimientos del actor, por tanto, no opera la protección especial prevista por la ley 361 de 1997, ya que al no haberse demostrado el estado de discapacidad, la cual se reitera, solo se contabiliza desde un porcentaje del 15% en adelante, es que entonces no opera la presunción de que

la terminación del contrato de trabajo fuera por motivos discriminatorios. De esta forma, como quiera que las pretensiones principales tenían su fundamento en que se estableciera que a la fecha de finalización del vínculo laboral el demandante presentaba una discapacidad o estuviese incapacitado para laborar, no se accederá a ninguna de las pretensiones, que dependían necesariamente del éxito de la declaración de la protección por estado de discapacidad o limitación, hecho al que no se accedió en este proceso, conforme al análisis precedente. Excepciones. Dadas las resultas del proceso, se releva al despacho de estudiarlas. Costas. Sin costas en esta instancia. En mérito de lo expuesto, el juzgado 25 laboral del circuito de Bogotá, en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1. Absolver a la demandada policet s.a.s. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el aquí demandante, por lo motivado;
2. Sin costas en esta instancia.
3. Por ser totalmente adversa a las pretensiones del demandante, en caso de no ser apelada, envíese a la sala laboral del honorable tribunal superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

**Inconforme con esta decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación así:** *Gracias, señor juez. Interponer recurso de apelación en contra de todo el fallo emitido por su señoría, comoquiera que no resulta acertado para esta apoderada el fallo en mención, dado que la norma no establece que a la terminación del contrato de trabajo sin justa causa y sin haberle consultado al Ministerio de trabajo se tenga que encontrar el trabajador efectivamente en un uso de una incapacidad o en una calificación, de acuerdo con la última sentencia de constitucionalidad 200 de 2019, se establece que el trabajador se encuentra en estado de debilidad manifiesta cuando está en incapacidad respecto de otros trabajadores y cuando su situación de salud ha sido disminuida, en este punto quiero hacer un paréntesis doctor, y establecer si en este caso que estoy en apelación de la sentencia laboral, vamos a hacer uso del decreto 806 del artículo 6, para la apelación de la sentencia, para los sustentos de los alegatos por escrito, o la debo sustentar completamente acá. No, susténtela aquí, doctora. Porque el artículo 15 del decreto 806 dice que el recurso de apelación contra sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará ejecutoriada la emisión... doctor pues es que estoy haciendo la claridad. El artículo dice en su numeral 1, que se me admite el recurso y se me dan 5 días para alegar por escrito, y...Doctora, le estoy diciendo a usted que lo sustente aquí, pero si usted quiere hacer lo que considere, está en libertad. No doctor, yo le estoy haciendo la claridad porque veo que como estamos en el tema de aprender en este tema del 806, pues me da 5 días, sin embargo, si tengo que sustentarlo aquí, entonces lo sustento. Hágalo aquí doctora, mejor. **Entonces decir que no resulta cierto cuando el señor juez afirma que ni siquiera el trabajador estaba cerca de la incapacidad***

**o incapacitado el 8 de octubre de 2014, pues precisamente el 8 de octubre de 2014 el trabajador se reintegra a la empresa, pero precisamente después de haber cumplido con el permiso que se le otorgó, que solicitó y se le otorgó para hacer terapias del manguito rotador. Como se establece en la jurisprudencia del 2019, el trabajador se encontraba en estado de debilidad manifiesta, y precisamente con las dolencias que sufrió, tanto el manguito rotador como de su dolor lumbar, accidente de trabajo que fue reportado y que la empresa por supuesto nunca esperó a que la arl diera el proceso correspondiente para establecer si realmente existía o no un accidente de trabajo, sencillamente despidió al trabajador, apenas 6 días antes de que se hubiese reportado el accidente de trabajo y nunca al trabajador hasta este punto la arl le ha comunicado absolutamente ningún resultado de su estado de salud de que pasó, cual fue el diagnóstico y cuál fue el estudio respecto de ese accidente de trabajo, tan cierto es que la prueba que la demandada allega está dirigida a la empresa y no al trabajador, al trabajador nunca la arl le ha enviado ninguna comunicación respecto de la investigación del accidente de trabajo, no resulta cierto decir que el empleador no conocía el estado de salud de disminución auditiva y de visión del trabajador, especialmente el estado de audición, porque precisamente aquí el apoderado de la demandada admitió que ellos tenían un contrato con la unidad médica Rionegro Ltda y que ellos enviaban allá a sus trabajadores, no resulta cierto que se diga que el empleador no conocía de la disminución auditiva del trabajador porque el 29 de abril de 2014, dicha disminución le fue comunicada a la empresa y de hecho la empresa como lo admitió el demandante lo envió a ese examen. No resulta cierto que para se establezca la protección al derecho al trabajo y al derecho que el trabajador tiene a no ser discriminado por sus limitaciones se necesita estar en uso de una incapacidad o se necesite una definición de la arl en cuanto a la pérdida de capacidad laboral, se trata, según la sentencia ultima de la corte constitucional de proteger el derecho al trabajo que tiene el trabajador de seguir en su lugar de trabajo hasta tanto se logre la recuperación de su estado de salud o se establezca un grado de limitación o de pérdida de capacidad laboral, para establecer si se va a tomar esa situación que en adelante se haga cargo o el fondo de pensiones o la arl en una posible indemnización. Entonces, resulta ineficaz el despido y yo solicito al superior que se revoque la sentencia en su totalidad, y se acceda a las pretensiones de la demanda, porque efectivamente **el trabajador sufrió varias quebrantos de salud estando al servicio del empleador y en esta acción judicial no se demostró que efectivamente existiera una justa causa para despedir al trabajador y que efectivamente se haya incurrido el demandante en la supuesta falta que se le endilgó para terminarle el contrato de trabajo, realmente lo que si se estableció aquí es que frente a la situación en la que entra el trabajador a****

**desempeñarse, que estaba bien de salud y el deterioro que sufre durante la relación laboral, es que se expone al trabajador en un estado debilidad manifiesta.** Es por eso que la sentencia de constitucionalidad 200 de 2019, incluso en su inicio, cuestiona el hecho de que se vuelva a demandar la constitucionalidad sobre la norma, porque ya había en 1997 un pronunciamiento de la sentencia, pero este se revisa la sentencia precisamente con base en el derecho al trabajo que tiene el trabajador de permanecer en su trabajo mientras se encuentre en una situación de salud que compromete su estado normal en el que había entrado. Entonces, no resulta cierto que, como lo dice el despacho, para que prospere la protección del derecho al trabajo de la estabilidad reforzada, deba estarse en una condición de las que asume el despacho. no es cierto. De tal suerte que todas las pruebas allegadas al expediente, como son las que obran de folios 35 en adelante que se anexaron, que corresponden a la historia clínica y las incapacidades y las calificaciones del estado de salud del trabajador, si demuestran que el trabajador si se encontraba en debilidad manifiesta y si demuestran que el empleador lo sabía, y lo sabía de tal suerte que finalmente a partir del folio 217 del expediente, el mismo empleador anexa la historia clínica del trabajador, y si no la conocía como obtuvo la historia clínica del trabajador, si es que la historia clínica solo es del trabajador. Entonces, si la conoció y si tuvo acceso a la historia clínica del trabajador, entonces esa misma prueba que el aduce al expediente demuestra que efectivamente tenía conocimiento del estado de salud de su trabajador y que se deterioró mientras se encontraba prestando el servicio desde el 2011 hasta el 2014, para el empleador. Que contrario a lo que se afirma allí, sura supuestamente hace un estudio de trabajo cuando ya no está el trabajador, no sabemos a quién le hizo el estudio de trabajo, porque el trabajador ya no estaba en la empresa como se anexa y no se sabe bajo qué circunstancias hizo el supuesto estudio del puesto trabajo, porque es que el puesto de trabajo no se le hace al puesto como tal, sino se le hace al trabajador en su puesto de trabajo. Entonces, sura jamás le dio la oportunidad al trabajador y hasta hoy no se la ha dado, de replicar, de apelar, de mostrar su inconformidad con lo que el califico como no un accidente de trabajo, entonces no se puede trasladarle la responsabilidad, señor juez, que tiene la arl de haber notificado debidamente al empleador y al trabajador, respecto de los resultados que el encontró en la investigación del accidente que se reportó para decir que efectivamente se beneficia el empleador de la negligencia de sura y que al trabajador nunca se le haya comunicado que pasó con esa investigación. **Entonces, en la última sentencia en la que me apoyo, que es de constitucionalidad, precisamente es donde se amplió la protección al trabajador en estado de debilidad manifiesta y se establece que se presume, presunción que no derrumbó aquí el demandado, respecto de haber despedido al trabajador una vez ha sufrido estos quebrantos de salud.** Que allí en esta sentencia no se hace diferencia si son

*derivados del accidente de trabajo o de una enfermedad común, lo que se establece es que el trabajador debe en aplicación del principio de solidaridad, se debe el trabajador atender para que su capacidad laboral se recupere. Y esto fue lo que no esperó la empresa, entonces tampoco se le manifestó nada al ministerio de trabajo, razón por la cual las pretensiones de esta demanda deben prosperar y así yo lo solicito que se revoque la que su despacho ha proferido y se condene a la empresa al reintegro del trabajador y a todas las pretensiones allí solicitadas, por aplicación del antecedente jurisprudencial reciente constitucionalidad sentencia 200 de 2019. Señoría, en esos términos dejo presentados mis alegatos y solicito se conceda el recurso de apelación. Muchísimas gracias...”*

### **ALEGATOS**

Durante el término concedido, los apoderados de las partes allegaron alegatos de conclusión.

### **CONSIDERACIONES**

En cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiara el recurso, en su punto específico sustentado como señaló el Juez en la única oportunidad procesal pertinente, esto es en audiencia; y en el que se insiste en un estado de debilidad manifiesta del demandante en el momento del despido, por quebrantos de salud que dice no solo eran conocidos por la demandada, sino que fueron consecuencia de un accidente de trabajo, razón por la cual se debe presumir discriminatorio.

#### **De la estabilidad laboral reforzada**

Aduce la recurrente que la demandada conocía el estado de salud del trabajador y en ese orden apoyada en una sentencia de la Corte Constitucional insiste, en la existencia de estabilidad laboral reforzada que da lugar al reintegro solicitado; debiéndose analizar entonces si al momento de la terminación del contrato esto es **octubre 8 de 2014**, el actor si era en verdad sujeto de especial protección de acuerdo con lo establecido en la ley 361 de 1997, norma de la cual surge.

Bien el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “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 del Ministerio de Trabajo...**”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencia 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.**

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad **o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, pues si ella existe el despido o**

**terminación se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

Ahora, no desconoce la Sala que la Corte Constitucional se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta ( art 13 CP), pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente; pero menos aún, se itera cuando las incapacidades otorgadas en el mes de septiembre fueron de dos y la última de un día por un dolor articular.** (Ver fl 271, incapacidad con fecha inicial 29 de septiembre de 2014 y final el mismo día)

Obsérvese como en la historia clínica, específicamente la que aparece a folios 69 y siguientes correspondiente al año 2014, no se acreditan incapacidades prolongadas, que llegaran incluso a antes de la fecha del despido como asegura la recurrente; por el contrario, fue el mismo actor quien aceptó en interrogatorio de parte que ese día se encontraba laborando.

No sobra agregar; en cuanto al argumento de la recurrente relativo a una sentencia de la Corte Constitucional relativo al estado de debilidad manifiesta, que cada caso debe ser estudiado con base en lo probado y en este definitivamente, como señaló el Juez no hay prueba alguna del estado alegado, de incapacidad alguna, en el momento de la terminación y menos aún de un concepto técnico que implicara una disminución o impedimento para laborar del actor, que hiciera presumir que el despido fue por causa de ese estado; ni tampoco de secuelas originadas en un accidente que quedó establecido no fue de trabajo, como si le fue comunicado al actor, pues así se acredita con la documental que aparece a folio 238 del expediente en la que se expresa “ *Con respecto al evento ocurrido a WILSON PEÑA REYES, con cédula de ciudadanía 79294603, el día 26 de Septiembre de 2014, expediente N° 1410696892; Respetuosamente le informamos que*

*hemos realizado análisis de la información por usted suministrada, concluyendo que el evento con corresponde con la definición de un accidente de trabajo, de acuerdo con los lineamientos de la legislación vigente...”*

No sobra agregar que en esta comunicación, aunque dirigida a la empresa, se afirma haber emitido copia al demandante dentro del trámite del expediente”.

Conviene y no sobra agregar que en reciente sentencia **SL572 de 2021 Rad 86728, M P LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ; la C S J insiste, en que exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral no es un capricho, porque la protección derivada de la ley 361 de 1997, requiere de una situación de discapacidad, al tiempo afirma, “que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido”**. Incluso agrega la Corte que, para conocer ese nivel de disminución en la capacidad laboral por razones de salud, **no basta una historia clínica, sino que es necesario establecer la limitación para laborar** y ello solo se logra con una evaluación de carácter técnico, donde se valore **el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional**.

La Sala revisó el expediente y aunque encontró en la historia clínica del demandante ciertos quebrantos de salud, ninguno de ellos suficiente ara establecer ese estado real de salud, que le impidiera al demandante desarrollar su labor, al punto de poder presumir que su despido fue discriminatorio y por esa causa; **y por tanto en este caso no existe la presunción, de terminación discriminatoria por lo que se aplican plenamente las sentencias de la Corte Suprema al respecto que como ya vimos explican detalladamente el tema y en a que se insiste se sigue sosteniendo que esta protección opera solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio**.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, ya que arribó a idéntica conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada.

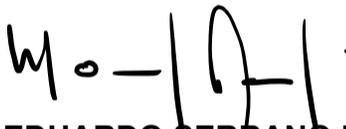
**SEGUNDO:** Sin costas en la instancia

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los Magistrados



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

EN USO DE PERMISO  
**LORENZO TORRES RUSSY**



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

**PROCESO ORDINARIO No. 24-2018-0132-01**

**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA

**DEMANDANTE:** JAIME CESAR MENDEZ LOZADA

**DEMANDADOS:** AVIANCA S.A. Y COOPERATIVA DE TRABAJO  
ASOCIADO SERVICOPAVA.

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de julio de 2020.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron alegaciones.



## **ANTECEDENTES**

El señor Jaime Cesar Méndez por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con AVIANCA S.A., entre el 23 de diciembre de 2013 al 31 de octubre de 2017 y que SERVICOPAVA solo fungió como intermediario; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a las demandadas al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, indemnización por la no consignación de las cesantías a un correspondiente fondo, lo anterior, por todo el tiempo de vigencia de la relación laboral; solicita sean condenadas las demandadas al pago de la indemnización del artículo 65 del CST, indemnización por despido sin justa causa, devolución de aportes efectuados ante la CTA, indexación y costas del proceso.

## **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, fue vinculado a la CTA SERVICOPAVA el 23 de diciembre de 2013, laborando para ésta y para Avianca S.A. hasta el 31 de octubre de 2017; que entre las convocadas fue suscrito un contrato de servicios, para que la CTA suministrara personal para prestar los servicios a Avianca S.A.; que el demandante se desempeñó como auxiliar conductor – operario, estando dentro de sus funciones transportar a los pasajeros, llevar equipajes, alistamiento de equipo para aeronaves, percibiendo un salario inicial de \$969.914, más auxilio de transporte, beneficio extraordinario adicional de transporte, auxilio de educación, que laboraba horas extras, dominicales y nocturnos, por lo que tenía un salario variable; que prestó sus servicios de manera personal para Avianca S.A.,



funciones propias del giro normal de Avianca S.A., que por medio de la CTA su labor fue tercerizada, que ésta última exigió a los trabajadores firmar un formato prediseñado de renuncia voluntaria; que desde el 23 de octubre de 2017 Avianca S.A. ha vinculado a los trabajadores por medio de la empresa SAI servicios aeroportuarios integrados S.A.S., que Avianca S.A., durante toda la relación laboral no le canceló al actor lo correspondiente a cesantías, intereses a las cesantías, primas, que Avianca S.A. ha tenido contratado al demandante desde hace 8 años por medio de cooperativas y empresas externas para la realización de actividades del giro ordinario de la empresa; que Avianca era quien capacitaba al actor, que los documentos de identificación dicen que era trabajador de Avianca S.A., que Servicopava no ha respondido la petición elevada el 27 de febrero de 2018, mediante la cual solicitó los desprendibles de pago, que la CTA nunca lo solicitó a asambleas de socios, que ejerció ilegalmente la intermediación laboral, que la CTA le hacía descuentos como asociado, y que Avianca S.A., tomó un seguro de vida a favor del actor.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada Avianca S.A., contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra; en cuanto a los hechos aceptó el enlistado en el numeral 3 referente al contrato de prestación de servicios suscrito entre las demandadas, no aceptó los enlistados en los numerales 2, 4, 5, 7, 15 a 17, 19 a 46, 49, 58 y 62 y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación y pago.



Por su parte la CTA SERVICOOPAVA contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra; en cuanto a los hechos aceptó el enlistado en el numeral 3 referente al contrato de prestación de servicios suscrito entre las demandadas, 9 y 12, y negó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia del contrato de trabajo y prescripción.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a las demandadas.

DECLARÓ probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por las demandadas.

CONDENÓ en costas a la parte actora, fijó como agencias en derecho la suma de 15 smldv a favor de cada una de las demandadas.

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

“En primer lugar, el problema jurídico consiste en determinar si entre el dte y Avianca S.A. existió un contrato de trabajo, a término indefinido entre el 23 de diciembre de 2013 y hasta el 31 de octubre de 2017, para lo cual se debe verificar si Servicopava actuó como intermediaria en la relación que según aduce el dte, se configuró con Avianca; que conforme el artículo 23 del CST, la presunción legal del artículo 24 y lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia C-665 de 1998 mediante la cual señala que tan solo basta con probar la prestación del servicio para que se presuma el contrato de trabajo, que por tanto es al empleador al que le corresponde desvirtuar dicha presunción legal, sobre lo cual la sala de casación laboral, entre otras sentencias, SL1950 de 2019, explicó que, que a la parte actora le basta probar la prestación del servicio, y es la contraparte la que tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con el hecho contrario o el servicio autónomo e independiente; que del análisis probatorio, el dte logró probar la prestación personal del servicio, a favor de Avianca, tal como lo señala la CTA en la contestación de la demanda al señalar que tuvo un contrato comercial con Avianca en los términos de la ley cooperativa para cubrir la



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2018 – 0132 – 01 DTE: JAIME CESAR MENDEZ LOZADA DDO:  
AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A Y OTRO**

totalidad de los procesos que no estaban contemplados dentro de la actividad misional en las etapas productivas de dicha empresa; que en desarrollo de dicha oferta mercantil y de la orden de contratos de servicio participó el dte, para lo cual la CTA vínculo al dte mediante un acuerdo cooperativo de trabajo asociativo firmado y aceptado por las partes, lo que se corrobora con la comunicación que obra en el expediente de fecha 23 de diciembre de 2013 dirigida al dte, mediante la cual se le informa que de acuerdo con la oferta mercantil de venta de servicios firmada entre Avianca y servicopava, a partir de esa fecha comenzaría a realizar funciones de auxiliar terrestre a folio 77, la misiva de 13 de octubre de 2015 mediante la cual la directiva administrativa de la CTA le informó que el 20 de septiembre de esa anualidad ocuparía el cargo de auxiliar conductor, así como el valor de la compensación ordinaria mensual, la extraordinaria, y los auxilios de transporte cooperativos y el auxilio de transporte cooperativo extraordinario a folio 79; que se corrobora la prestación del servicio con los testimonios al manifestar uniformemente que el dte prestaba su servicio como asistente en tierra para Avianca, Juan Carlos Medina adujo que el dte se vinculó con servicopava, que prestaba sus servicios como asistente en tierra, ejerciendo su labor en la rampa de Avianca, en las instalaciones del aeropuerto el dorado, que se encargaba de llevar el equipaje a diferentes áreas dentro del horario que Avianca le asignaba, que portaba un carnet con el logo de Avianca, que asistía a las capacitaciones las cuales eran dictadas por personas de Avianca, y en razón a la prestación personal del servicio tenía beneficios como tiquetes, casino y bonificaciones, por su parte, Marleny Prada directora administrativa de servicopava manifestó que conoce al dte de vista porque tuvo un convenio de asociación con esa CTA, que tenía bajo su dirección el área de gestión humana, que la CTA tenía una oferta mercantil con Avianca para manejar el proceso de cargue y descargue de los aviones de Avianca y otras 23 empresas, que las funciones del dte eran las de cargue y descargue explicando los diferentes roles que se desempeñaban en esa función, que existían varios cargos y que el del demandante era el de auxiliar de producción; Cesar castro Ariza afirma que él estuvo con la CTA desde el año 2009 al 2017, que para 2014 a 2017 ejerció como auxiliar de conexiones, que conoció al dte desde el año 2005 porque eran compañeros de trabajo, que el dte ingresó como agente de operaciones terrestres, que en cargue y descargue interactuaba con él, cuando desarrollaba el cargo de auxiliar de conexiones, que el dte cumplía funciones de asistente de operaciones en Avianca, que tomaban los alimentos en el casino de Avianca al cual asistían todos los trabajadores, de modo que al encontrarse demostrada la prestación del servicio del dte a favor de Avianca, obra a su favor la presunción que la labor se encontraba regida por un contrato de trabajo en los términos del art 24 del CST; entonces corresponde a la demandada acreditar el hecho contrario, que la relación estuvo regida por las disposiciones legales que regulan el trabajo cooperativo, que el dte prestó los servicios a favor de Avianca en la condición de trabajador cooperado respecto de la demandada servicopava, que en cuanto a la regulación de las CTA el decreto 4588 de 2006 modificado por el decreto 2417 de 2007, artículos 3 y 5, que la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000 explicó que las CTA se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir que, existe identidad entre asociado y trabajador siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte y de trabajadores por otra, como en las relaciones de trabajo subordinado dependiente; esta es la razón para que a los socios trabajadores de tales cooperativas no se les aplique las normas del CST, estatuto que regula solo el trabajo dependiente, bajo la continua dependencia y subordinación y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario; en las CTA no existe ninguna relación entre capital y empleador y trabajador asalariado, pues el



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2018 – 0132 – 01 DTE: JAIME CESAR MENDEZ LOZADA DDO:  
AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A Y OTRO**

capital de estas esta formado por el trabajo de sus socios, además que el trabajador es el mismo asociado y dueño, así no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación como trabajadores dependientes, ello significa que las CTA tienen pleno reconocimiento en el ordenamiento jurídico, nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que deciden asociarse para trabajar de manera mancomunada, los socios son los mismos trabajadores y están facultados para pactar en los estatutos o reglamentos las normas que gobiernan las relaciones laborales sin sujeción a la legislación ordinaria teniendo derecho como asociados a recibir una compensación por el trabajo aportado y participar equitativamente de los excedentes obtenidos, solo en casos excepcionales la ley les permite contratar personas no asociadas evento en el cual debe sujetarse a lo señalado en el CST, la cara demandada debe acreditar el cumplimiento de las características, propias de esta clase de vínculos en los términos antes explicados y la ejecución normal del acuerdo suscrito lo que en el plenario se acreditó por las siguientes razones: en primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en cuanto a que el dte se vinculó a la CTA mediante la suscripción de un acuerdo cooperativo – convenio de asociación como trabajador asociado como lo admitió el dte al absolver el interrogatorio de parte, adicional, consta en acuerdo cooperativo de trabajo asociado celebrado entre el dte y servicopava el 23 de diciembre de 2013 el cual obra a folio 75, 76 y 777, así mismo confesó el dte que hizo la solicitud de ingreso a la CTA, la que lo afilió a seguridad social, así como autorizó a la CTA para que le hicieran descuentos, también aceptó que le hicieron devolución de los aportes sociales, de otra parte servicopava comunicó al actor que concorde con la oferta mercantil firmada con Avianca empezaría a desempeñar las funciones de auxiliar terrestre conforme consta a folio 77, que obran certificaciones suscritas por el coordinador de recursos humanos de la CTA los días 18 de mayo de 2014, la jefe del depto jurídico el 19 de julio de 2019, certificación del 14 de mayo de 2014, 18 de octubre de 2017 en la que se hizo constar que el actor desarrollo labores asociativas en la CTA desde el 23 de dic de 2013 al 31 de octubre de 2017 desempeñando como último cargo el de auxiliar conductor como consta a folio 78, 79, 80, y 86, comunicación del 13 de octubre cambio de asignación y compensación a folio 79, carnet del dte en el que se observa el nombre del dte en el cargo de auxiliar de conductor, más abajo se lee Avianca S.A. – servicopava documento a folio 90; certificaciones de servicopava y la gerencia de operaciones terrestres de Avianca el 1 de agosto de 2015 y 2017 mediante la cual se certificó que el dte participó en la escuela recurrente de operaciones terrestres folios 81 y 83, a folio 82 obra certificado del actor por medio del cual se realizó un entrenamiento virtual en seguridad ocupacional, logotipo que tiene el logotipo de Avianca del cual el testigo Juan Carlos Medina indicó que les hacían unos cursos de retroalimentación de la operación, entre ellos el de sustancias peligrosas y asistencia en tierra, donde les explicaban todo lo relativo con la labor que señalaban, adujo que se los dictaba el personal de Avianca señalando que los identificaba como personal de Avianca por el carnet y los chalecos, pero que todos los asociados incluso el tenían los carnet y distintivos que los identificaban como de Avianca, indicó que existía también una oficina de servicopava en donde les recibían los documentos, que era personal de Avianca, indicó que esa oficina que esa oficina era arrendada por servicopava y que Karen blanco era abogada de servicopava; Marleny Prada indicó que los líderes de servicios hacían capacitaciones, que le explicaban a los asociados la función a realizar, capacitaciones en salud ocupacional en las oficinas de servicopava, que en una parte de los carnet que se emitían en esa oficina tenían el logo de Avianca y en el otro de servicopava por temas de la opañ y temas contractuales, donde se obligaron a usar distintivos de la empresa Avianca; Cesar Castro indicó que hacían un semillero, que hacían unos



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2018 – 0132 – 01 DTE: JAIME CESAR MENDEZ LOZADA DDO:  
AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A Y OTRO**

cursos recurrentes, que Avianca les daba el certificado y que igual el curso que hacían por internet; que dentro de esos cursos el personal de servicopava les indicaba los beneficios que iban a recibir en servicopava, que esos beneficios los recibirían de Avianca, que el curso lo hicieron en fechas diferentes con el dte, no sabe los nombres de los instructores; que obra aceptación de renuncia voluntaria a servicopava que obra a folio 85; certificado de aportes a seguridad social de 87 a 89; desprendibles de nómina de servicopava del 93 a 105, seguro de vida de Alliance 117 a 126; oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos administrativos y operativos de servicopava dirigida a Avianca folios 225 a 245; estatutos de servicopava folios 289 a 327; régimen de trabajo asociado a servicopava folios 328 a 342; régimen de compensaciones a folio 343 a 350; contratos de comodatos y otros si 395 a 735; terminación de la oferta mercantil folio 736, comunicación de reducción de procesos folio 737; certificación de las condiciones en las cuales se surtió las prestaciones de servicio de soporte entre las demandadas, certificaciones de retiro de trabajadores asociados entre septiembre y dic de 2017 folio 766, solicitud de control de legalidad ante la Superintendencia de economía solidaria para la disolución y liquidación de servicopava folio 761 a 764, copia de certificados de revisor fiscal de servicopava en liquidación 765, solicitud de afiliación del dte a servicopava del 23 de dic 2013, copia de la aceptación como asociado de la CTA 768, copia de autorización de descuento de aportes voluntarios del 23 de dic de 2013, copia de curso básico de economía solidaria, con énfasis en trabajo asociado del 17 y 18 de 2013 realizado por el dte, declaración de la recepción del código de ética, certificado de inducción de ingreso a servicopava, entrega de dotación al actor 774, histórico de pagos de compensación 795 a 803, liquidación definitiva de compensaciones por terminación del convenio de asociación 804, otorgamiento de descanso anual al demandante, solicitud de traslado de fondo de pensiones, solicitud del dte para que le otorgaran descanso por jornadas electorales del 2 de octubre de 2016 y 25 de mayo de 2014 folios 807, respuestas a peticiones de febrero de 2018; que conforme a los medios probatorios que obran en el proceso, en especial la confesión que hizo el dte el acuerdo cooperativo de trabajo asociado celebrado entre el dte y servicopava el 23 de dic de 2013, la solicitud de afiliación del dte, aceptación como asociado de la CTA, autorización de descuentos voluntarios, curso básico de economía solidaria con énfasis en trabajo asociado de los días 17 y 18 de diciembre de 2013, explicación del código de ética de servicopava, permiten concluir que contrario a dicho por el dte, lo que se demostró fue que las labores que prestó en beneficio de Avianca fueron propias del contrato de asociación con servicopava, es decir, actos de una CTA al punto que acreditó que el dte solicitó su afiliación como socio de esa CTA, que recibió la capacitación en economía solidaria, con énfasis en trabajo asociado y el código de ética y percibía compensaciones mes a mes de acuerdo con el régimen de servicopava y le hizo la devolución de aportes sociales y tuvo la oportunidad de elegir a sus representantes y ser elegido tal y como se infiere de esas pruebas, que esa conclusión se acompaña con la prueba testimonial de Juan Carlos Medina, Marleny Prada, Cesar Castro, y Juan Carlos Guerrero, interrogatorio de las partes; que Juan Carlos Medina a pesar que manifestó que el dte en desarrollo de su función como asistente en tierra era el encargado de llevar el equipaje a diferentes áreas, que recibía ordenes de los representantes de Avianca, que no compartía área de trabajo con él, y que se veían en el casino o en asistencia a cursos de capacitación o retroalimentación que eran dictados por el personal de Avianca, que sabía que era personal de Avianca por el carnet que portaba y los distintivos que tenían de la empresa Avianca, sin embargo, no ofrece credibilidad ya que se encontraban en áreas diferentes con el dte, desempeñaban cargos distintos, no ejercieron iguales funciones, tampoco estuvieron en el mismo sitio de trabajo, ingresaron en fechas distintas, que no conocía



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2018 – 0132 – 01 DTE: JAIME CESAR MENDEZ LOZADA DDO:  
AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A Y OTRO**

los nombres de los compañeros del dte o de quienes ejercían sus mismas labores, tampoco de quienes fungieron como superiores del dte, que lo narrado fue contradictorio que en principio dijo que asistió con el dte a cursos y posteriormente dijo que creía que el dte había asistido a dichos cursos, pues no le consta si los realizó, que no le consta que el personal que dictaba los cursos fuera de Avianca sino que indica que eso lo presumía porque tenían un carnet y unos distintivos de Avianca, que ellos como vinculados de la CTA también portaban un carnet que decía Avianca – servicopava y que también usaba logos distintivos de Avianca, que las ordenes las daba indirectamente Avianca, porque habían otros jefes pero que a pesar que en esa oficina había una persona de Avianca, esa oficina donde despachaba servicopava era arrendada por esta, y que Karen Blanco era de una de las abogadas de servicopava, que les daban, que les daban beneficios como transporte, auxilio de alimentación, gafas, regalos, subsidios familiares, beneficios para hijos, que eso se los entregaba servicopava a través de la página web, es decían o ellos podían verificar que beneficios tenían, que no conoció a ningún trabajador de Avianca en el área donde estaba el demandante, solo veía los cursos de recurrentes que hacía, todo lo que narró fue porque lo suponía respecto a lo que acontecía con su caso y en esa medida no le constaba de manera directa la situación del dte; Marleny Prada en lo que respecta a la subordinación narró que en el aeropuerto hay una oficina de servicopava donde se manejaba las bonificaciones, permisos, compensatorios, que esa oficina era conocida como p30, que estaba dentro del aeropuerto, donde estaban 12 personas dentro de las cuales había 5 abogados, un coordinador, un director y varios auxiliares, allí los asociados podían ir a solicitar el cambio de turno, pedir información sobre bonificaciones, permisos, que entre los coordinadores se encontraba Eduardo Mazuera, salamanca, no recuerda que Darly perez hubiera sido de esas coordinadoras, créditos y todo acerca de beneficios, que la CTA era la encargada de hacer la selección de personal y que en las etapas de selección se indicaba la información de la CTA y la calidad de afiliados como socios, que tomaban el curso de cooperativismo exigido por todas las CTA, que las dotaciones eran entregadas por la CTA , que realizaron los pagos a seguridad social, los procesos disciplinarios los realizaba los coordinadores de la CTA en el área jurídica; que la renovación del carnet se realizaba en la oficina de servicopava en el aeropuerto, que servicopava les pagaba las compensaciones, que el actor realizó un curso de economía solidaria, que el carnet debía llevar la identificación de la empresa Avianca así como de servicopava, porque Avianca para que pudieran ingresar debían portar el logo de Avianca para ingresar a zonas prohibidas, y por temas contractuales porque así se había pactado en la oferta mercantil entre las demandadas; que al actor se le devolvieron aportes sociales que están en el comprobante de pago; así mismo que se le entregó un retorno cooperativo que es equivalente a las utilidades y revalorización de los aportes, que los cursos de mercancías peligrosas había un acuerdo contractual que lo hacía una persona especializada en seguridad, lo dictaba un tercero especializado que lo contrataba Avianca pero lo pagaba servicopava, que los asociados tienen derecho a ser elegidos y elegir, la CTA saca circulares en los sitios de acceso; que Cesar Castro Ariza manifestó que desde el 2013 a 2017 el dte cumplió las funciones de agente de operación, que servicopava tenía una oficina en el aeropuerto donde se radicaban las incapacidades, rutas, casinos, dotaciones, que servicopava les pagaba la compensación quincenal y semestral, bonificación, que el carnet tenía señalado Avianca y en otra decía servicopava, que los beneficios de los tiquetes se tramitaban en la oficina de servicopava, que no conoce los contratos de las personas que entregaban las dotaciones, que no tienen claridad la propiedad de los carros que utilizaban como rutas que tenían logos de Avianca pero no sabían a quién pertenecían, que los turnos eran



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2018 – 0132 – 01 DTE: JAIME CESAR MENDEZ LOZADA DDO:  
AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A Y OTRO**

programados por Álvaro Guerrero en un link que decía servicopava, que esa página al principio aparecían datos de Avianca pero después dijo que solo aparecía el logo de servicopava, que no esta seguro quienes dictaban los cursos, que podían ser personas de servicopava y otras de Avianca, que habían compañeros que hacían parte de un comité o una asamblea, los elegían en el aeropuerto y salían varios representantes, el dte tenía derecho a elegir, que se reunían con representantes de la CTA para aprobar los estatutos y demás decisiones que tenían que tomar se los hacían ver por comunicados y los anexaban en la cartelera, las capacitaciones como el semillero era para que tuvieran cierto conocimiento del área donde iban a trabajar, que no hizo al mismo tiempo capacitación con e dte; por su parte, Juan Carlos Guerrero señaló que el dte se vinculó a servicopava, que había una oficina de ésta en el aeropuerto, que el carnet que utilizaban tenía el logo de avianca y que por detrás tenía una nota que si se perdía el mismo tenían que llamar a servicopava, que esta les cancelaba las compensaciones, anuales, semestrales, y quincenales, que no sabe lo de las rutas porque no vio las tarjetas de propiedad de los vehículos para saber de quien eran; el representante legal de Avianca dijo que la oferta mercantil dentro del contrato que se realizó con la CTA esta tenía autonomía y recursos propios, que Avianca no tenía control sobre los asociados, se hacían interventorías para verificar el cumplimiento del contrato, que en cuanto a los carnets adujo que Avianca no les da a terceros ningún carnet, lo que sucede es que para acceder a la zona restringidas del aeropuerto, las personas deben portar un carnet expedido por la opain en las cuales se faculta entrar a esas zonas y que la diferencia entre el carnet de Avianca y el que utilizan los terceros es que el del primero solo tiene el logo solo de Avianca y dicen trabajadores de Avianca, el otro dice la empresa con la cual están vinculados, logo y nombre de las dos empresas, que no es la única aerolínea que tiene esa exigencia; que los servicios contratados con servicopava era servicios de asistencia en tierra, logísticos y carga de equipaje, chequin, que en Fontibón no había un lugar donde los trabajadores de Avianca recibieran dotaciones, que no imponían horarios, que Avianca les enviaba un itinerario y servicopava cuadraba los horarios; Juan Alfonso Mateos resaltó que había oferta mercantil entre las demandadas por la cual la última se comprometía a prestar un servicio, que el dte se encontraba en el área de asistencia terrestre, que los elementos de prestación de servicios pertenecen a servicopava, y que los que pertenecían a Avianca fueron prestados por un contrato de comodato, que la CTA era autónoma en la toma de decisiones y manejo de personal, que el carnet era expedido por servicopava, que tenía también la identificación de Avianca así lo exigía opain, para el ingreso del personal a las áreas del aeropuerto que son restringidas, que también están identificados con el nombre de servicopava, que los beneficios que concedía servicopava estaba el de créditos y auxilios especiales, compensaciones anuales, auxilios extras, transporte y alimentación,; que se concluye que no hubo subordinación como elemento base para determinar la existencia del contrato de trabajo, entre el dte y Avianca; que los testigos poco o nada ofrecen al punto que afirmaron que era servicopava quien por medio de una pagina asignaba los turnos, y los asociados para prestar el servicio reconocen que el tema administrativo de descansos, permisos, compensatorios, bonificaciones y otros, se manejaba a través de la oficina de servicopava ubicada dentro de las instalaciones de esta ubicada en el aeropuerto, que tal como lo narró Cesar Castro y lo reiteró Marleny Prada, podían ser elegidos y elegir para tomar determinaciones en las asambleas en relación con los estatutos, que si bien el carnet que portaba el dte tenía el logo de las dos demandadas era por exigencias de la opain, y tal como lo pactaron las partes en la oferta contractual, como lo señaló Cesar Castro era por la imagen corporativa que lo tenían que utilizar, que igual sucede con la dotación, los bienes que utilizaban que tenían el logo de



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2018 – 0132 – 01 DTE: JAIME CESAR MENDEZ LOZADA DDO:  
AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A Y OTRO**

Avianca, pues fueron dados los bienes en comodato a la CTA por Avianca contrato de comodato suscrito entre estas dos sociedades cuyo objeto es el siguiente: por medio del presente contrato el comodante entrega al comodatario y que recibe a modo de comodato precario o préstamo de uso los bienes muebles debidamente identificados en el inventario anexo 1 y que hacen parte integrante del contrato folios 395 a 398, así como los otros si 1 a 6, que Cesar Castro Ariza y Marleny Prada y aun el mismo dte admitieron que podían elegir a los delegados que los representaran en la asamblea que en palabra de Castro se aprobaban estatutos y se daban a conocer mediante comunicaciones que se fijaban donde se prestaban servicios, que les devolvían lo ahorrado, al dte en 600 mil pesos, que no sobra advertir que si bien el objeto social de Avianca conforme folio 202 corresponde a la explotación de los servicios de transporte aéreos, postales y aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil; que el despacho en relación con el objeto contractual y la oferta mercantil, considera que el objeto de esa oferta mercantil no hacía referencia a las funciones misionales de Avianca en esa modalidad podía celebrar con la CTA esa oferta para que aquella desarrollara esas funciones bajo plena autonomía técnica, administrativa y financiera, como se demostró en el proceso donde quedó demostrado que el dte actuó como trabajador asociado de esa CTA puesto que el mismo señaló haber solicitado la afiliación, que esa CTA le pagaba las compensaciones, que podía elegir y ser elegido, que enviaban un representante a las asambleas para que decidieran sobre los estatutos, en conclusión, las convocadas a juicio no violaron las prohibiciones que recaen sobre las CTA pues no envió personal a prestar servicios bajo la subordinación de Avianca sino que cumplió con la oferta mercantil que celebró con Avianca con plena autonomía técnica, administrativa y financiera, lo que conlleva a absolver a las demandadas de todas las pretensiones, pues al no demostrarse la existencia del contrato con Avianca se hace innecesario el estudio de las acreencias laborales, puesto que las mismas dependían de que se demostrara la relación laboral con Avianca; excepciones, se declararán probadas las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Costas a cargo del dte en proporción de 15 salarios mínimos diarios, y a favor de cada una de las demandadas.

## **APELACIÓN**

### **PARTE DEMANDANTE:**

“Me permito presentar recurso de apelación, en los siguientes términos, que en cuanto a los cargos contratados con Servicopava y Avianca la oferta Mercantil, me permito hacer relación de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá 31 2018 141 01 del 13 de noviembre del 2018, donde se indica: nada mas lejos de la realidad que una labor autogestionaria, autónoma y autogobernada, la labor en sí no lo permite, pues se trata de labores en rampa, cargue y descargue de aeronaves, y sus empresas clientes, selección de equipajes en bandas, manipulación de carros, portaequipajes, instalaciones y en sus terminales, todas ellas acreditadas en el proceso, conforme lo expuesto, las relaciones desarrolladas bajo anteriores escapan del ámbito de aplicación de la legislación y se someten a que libre y voluntariamente dispongan los cooperados en los estatutos gozando autonomía configurativa para definir entre otras materias, el régimen de trabajo, la seguridad social, y las compensaciones, ninguna de las pruebas de las demandadas logran desvirtuar la presunción y por el contrario del análisis de



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2018 – 0132 – 01 DTE: JAIME CESAR MENDEZ LOZADA DDO:  
AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A Y OTRO**

las pruebas en primera instancia, parece dirigirse a que sea el demandante, quien deba probar esas condiciones que ya se encontraban con una ventaja probatoria establecida en el art 24 del CST; segundo, me permito hacer énfasis en la prueba documental, en cuanto a las pólizas de vida suscritas con Alliance donde Avianca es el tomador y el asegurado es el dte, siendo una demostración que no se está frente a una función o a unos cargos autogestionarios y autónomos y mucho menos autogobernados, en cuanto al contrato de comodato entre las demandadas, no es válido utilizar un contrato de comodato, cuando en realidad Avianca continuaba con la tenencia de los elementos, por lo que no se puede aceptar dicha figura como escapatoria a la responsabilidad de las hoy demandadas, que sobre esto la Corte en sentencia SL2555 de 2015 4 de marzo de 2015, dice que, la celebración sucesiva de contratos de corretaje para regular su relación con quien se encargo de vincular personas en calidad de afiliadas evidencia que la intención no fue diferente a disfrazar una relación subordinada de trabajo, lo que quiso ser reforzado con la celebración de contratos de comodato, precario o préstamo de uso, no se requieren mayores elucubraciones para concluir que antes de acreditar un comportamiento conforme a derecho este tipo de circunstancias lo que evidencia es la intención de encubrir la verdadera naturaleza del nexos jurídico y no sobra señalar que, aunque el ad quem desestimó la sanción moratoria causada a la finalización del contrato, ello no conlleva que la Corte deba atender esa determinación como obligatoria en tanto que, la valoración que se hace de la conducta de la demandada surge distinta”; igualmente, en cuanto a lo relacionado con las prohibiciones y las características de las CTA, que la Ley 1233 de 2008, artículo 7 establece prohibiciones, teniendo en cuenta que al momento de la ocurrencia de los hechos la normatividad aplicable era la Ley 79 de 1988, el decreto 4588 de 2006, la Ley 454 de 1998, 1237 de 2008, decreto 2025 de 2011, que las demandadas incurrieron en prohibiciones, específicamente el artículo 3 consagra: las CTA y el tercero que contrate con estas y este involucrado en una o más de las siguientes conductas, será objeto de las sanciones de ley cuando, la asociación o vinculación a la CTA no sea voluntaria, la CTA no tenga independencia financiera, no tenga la autonomía y propiedad en el uso de los medios de producción y en la ejecución de los procesos que se contraten, la CTA tenga vinculación económica con el tercero contratante, la CTA no ejerza frente al trabajador asociado la potestad reglamentaria y disciplinaria, las instrucciones para la labor de los trabajadores asociados en circunstancias de tiempo, mod y lugar, no sean impartidas por la CTA, los trabajadores asociados no participen de la toma de decisiones, ni los excedentes o rendimientos, económicos de la CTA, los trabajadores asociados no realicen aportes sociales, la CTA no realice el pago de las compensaciones extraordinarias a seguridad social, y la CTA que incurra en otras conductas definidas como faltas en otras formas legales, por ello viendo en conjunto documentales que no se hizo relación como la póliza de Alliance, el estudio del contrato de comodato, así como de la propia oferta mercantil, solicito a la Sala Laboral de Tribunal revoque la decisión y reconozca las pretensiones de la demanda con base en jurisprudencia horizontal y vertical que se ha dado en casos de similitud fáctica y jurídica, y frente a las demandadas.



## **CONSIDERACIONES**

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que en síntesis refiere a: solicitar sea revocada la decisión e instancia y en su lugar, se declare un contrato de trabajo con Avianca S.A., y como fundamento del recurso cita un pronunciamiento proferido por la suscrita al interior de una acción de fuero sindical; que la póliza tomada por Avianca S.A. ante la aseguradora Alliance en la que el demandante es el asegurado, demuestra que no se está frente a una función o a unos cargos autogestionarios y autónomos y mucho menos autogobernados; que, en cuanto al contrato de comodato entre las demandadas refirió que no es válido, cuando en realidad Avianca continuaba con la tenencia de los elementos, por lo que no se puede aceptar dicha figura como escapatoria a la responsabilidad de las hoy demandadas, y que sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2555 de 2015 4 de marzo de 2015 tuvo la oportunidad de referirse. Igualmente, en cuanto a lo relacionado con las prohibiciones y las características de las CTA, que la Ley 1233 de 2008, artículo 7 establece prohibiciones, teniendo en cuenta que al momento de la ocurrencia de los hechos la normatividad aplicable era la Ley 79 de 1988, el decreto 4588 de 2006, la Ley 454 de 1998, 1237 de 2008, decreto 2025 de 2011, que las demandadas incurrieron en prohibiciones.

Teniendo en cuenta los principales puntos de inconformidad, pasa a resolverse el recurso formulado por la apoderada del demandante advirtiendo desde ya que, la decisión de la Juez en cuanto ABSOLVIÓ a las demandadas



de todas las pretensiones, será revocada, pues le asiste razón a la recurrente cuando considera que Avianca S.A., era el verdadero empleador del actor.

Tal como lo afirma la apoderada en el recurso, la suscrita previamente ha considerado la posibilidad de declarar a la empresa Avianca S.A., como empleadora de trabajadores al servicio de ésta, siempre que se den las condiciones que a continuación pasan a observarse, y con independencia en cada caso.

En el presente caso, quedó debidamente acreditado que el cargo desempeñado por el actor obedeció al de Auxiliar Conductor, tanto así, que la demandada Servicopava lo aceptó en la respuesta que brindó al hecho 6° de la subsanación de la demanda; lo anterior, a su vez, por sustracción de materia permite inferir sin mayores elucubraciones que el promotor prestaba los servicios de conductor de manera personal, no precisamente a favor de la CTA, sino dentro de la operación terrestre y a favor de Avianca S.A., al interior de las instalaciones del Aeropuerto el Dorado en la ciudad de Bogotá.

Es innegable la intención de las demandadas por acreditar que la calidad en la que el demandante estuvo vinculado fue como trabajador asociado, no obstante, como ya se indicó, es imposible negar el servicio prestado por el trabajador al servicio de Avianca S.A., siendo que su labor era indispensable, si se quiere, para el cumplimiento del contrato de oferta mercantil suscrito entre AVIANCA y SERVICOPAVA, contrato que aparece a folios 351 a 369 cuyo objeto era ofrecer servicios de apoyo en la gestión de procesos técnicos, administrativos y operativos a AVIANCA S.A.



Luego, probado el servicio, según lo establecido en el art 24 del CST, esto es la presunción de encontrarse regido por un contrato de trabajo, correspondía a quien lo niega, demostrar el hecho contrario, esto es, en este caso específico demostrar que el demandante laboraba en esas actividades terrestres de la aerolínea, dado su calidad de asociado a una cooperativa y en virtud de un contrato legalmente celebrado entre la usuaria y la entidad cooperativa.

Como se indicó al principio, merece cada caso un análisis específico particular, para cada caso, por lo que, el precedente vertical citado por la recurrente, si bien puede servir como referente, - sobre todo en los casos en que al tratarse de las mismas entidades indican la frecuencia de algún tipo de contratación- lo cierto es que no son relevantes, pues serán las pruebas las que lleven en este caso al Tribunal, a determinar que quien debía lograr destruir la presunción de subordinación o existencia del contrato de trabajo, lo logró.

Contrario a lo sostenido por la Juez de instancia, eso no sucedió, además que resulta errado y desproporcionado para negar el vínculo laboral con Avianca S.A y además resaltar la calidad de asociado del actor, la simple enunciación que por el hecho que realizó la solicitud para pertenecer a la CTA demandada, la intención de éste era la de ser asociado, sin percatarse la Juez de las circunstancias en conjunto que rodearon esa vinculación, puesto que por obvias razones, el demandante no falta a la verdad al aceptar en el interrogatorio de parte que en su momento consintió esa solicitud de afiliación a la CTA, pues era lo procedente y necesario, entonces la declaración en tal sentido no puede tener las connotación de la confesión como lo expuso la Juez, puesto que de ello no depende necesariamente la



declaración de un vínculo laboral, sino de la realidad en la ejecución de las funciones del trabajador.

No bastando con lo anterior, el juzgado de instancia alejó esa realidad simplemente porque al interior del proceso fue allegado la aceptación como asociado de la CTA, que dicho sea de paso es un acto de la CTA, la autorización de descuentos voluntarios, constancia del curso básico de economía solidaria con énfasis en trabajo asociado de los días 17 y 18 de diciembre de 2013, y explicación del código de ética de Servicopava, elementos probatorios que por sí solos no permiten concluir que las labores que prestó el promotor en beneficio de Avianca fueron propias del contrato de asociación con Servicopava, como lo consideró el juzgado.

Y es que, decir por ejemplo que era la cooperativa quien pagaba y que eso elimina el contrato de trabajo, es una inferencia de la juzgadora, que, por supuesto puede ser vista de otra forma, por ejemplo, que desde luego ella pagaba porque fue quien abuso del convenio asociativo para enviar trabajadores en misión, desbordando lo que sobre el derecho asociado establece la Ley.

Sin duda de allí debió partir el análisis también en este caso, en donde sin duda, es claro, la labor se realizaba en la terminal aérea del Dorado, era de apoyo terrestre, luego escapa a toda lógica siquiera pensar que las instrucciones las diera la cooperativa, que tal como lo indicó la juez de instancia al comparar no solo los objetos sociales de las demandadas, sino el contractual de la oferta mercantil, aquella no se dedica a eso y menos a distancia, lo que hace caer este argumento en el de las meras suposiciones.



Ahora que, no debe olvidarse que el demandante al haber acreditado la prestación del servicio a favor de Avianca S.A., era la parte demandada la que debía desvirtuar que la labor prestada por el promotor no lo fue de manera subordinada, y que por el contrario, estuvo dirigida con autonomía e independencia, pues ello no se observa, ni de las pruebas documentales, ni de las declaraciones de los diferentes testigos o interrogatorios de parte, contrario a ello, lo que se aprecia sin dificultad de igual acervo probatorio, es que el trabajador debía estar atado a una operación aérea terrestre, que obedece a manuales e instrucciones para su desarrollo, en los que por obvias razones debía estar inmerso el actor, y si la Cooperativa no estaba allí al no ser de su resorte, la inferencia a la que se arriba sin mayor dificultad es que era Avianca S.A., a quien le interesaba que las labores del demandante estuvieran acordes a sus directrices, lo cual solo es posible, al entrar en contacto con éste.

Recuerda la Sala que, así existan contratos de prestación de servicios u ofertas mercantiles, corretaje etc; si en el terreno de los hechos se da un contrato de trabajo, es eso lo que debe declararse, sin importar el nombre que se le dé o la legalidad al suscribirlo, no obstante, en este caso antes que determinar si la oferta mercantil entre Avianca y la Cooperativa era autentica valida o no, lo importante era determinar si la cooperativa podía desbordar los límites que le permite la ley en sus actividades, ejerciendo tercerización laboral.

Conviene entonces recordar algunas de las normas que dan origen a las COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO, que no fueron debidamente analizadas, se itera, pues de haberlo hecho resultaría claro inferir la



existencia del contrato de trabajo que se solicitó entre el demandante y AVIANCA.

Es así que, conforme con el artículo 3° de la Ley 79 de 1988, el acuerdo cooperativo es un contrato que se celebra por un número plural de personas con el objetivo de crear una persona jurídica de derecho privado denominada Cooperativa, cuyas actividades deben desarrollarse con fines de interés social y sin ánimo de lucro.

Por su parte, en el artículo 4° se dispone que estos entes son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en la que los cooperados son simultáneamente aportantes y gestores de la empresa, cuyo objeto social debe tender a la satisfacción de las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general, ya sea, conforme lo dispone en su artículo 70, mediante la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en Sentencia C-211 de 2000, mediante la cual declaró exequible el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, identificó como características relevantes de las cooperativas de trabajo asociado, las siguientes: *i)* asociación voluntaria y libre, *ii)* igualdad de los cooperados, *iii)* ausencia de ánimo de lucro, *iv)* organización democrática, *v)* trabajo de los asociados como base fundamental, *vi)* desarrollo de actividades económico sociales, *vii)* solidaridad en la compensación o retribución, y *viii)* autonomía empresarial.



En la providencia aludida, la Corporación recogió el siguiente concepto alrededor de la noción y régimen de funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado:

*“...Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa. Sólo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se regirán por la legislación laboral vigente...”.*

Y a propósito de la relación que, según la normatividad estudiada, se traba entre las Cooperativas de Trabajo Asociado y sus miembros, la Corte señaló lo siguiente:

*“...Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del*



*Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario.”*

*“En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues, se repite, el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas, no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.”*

Resulta relevante en este punto, reparar en la simultaneidad de las calidades de trabajador y de asociado cooperado que convergen en sus miembros, como quiera que esta característica los ubica en un plano horizontal en el que no es posible, *prima facie*, hablar de empleadores por un lado y de trabajadores por el otro, ni, por tanto, considerar relaciones de dependencia o subordinación en la ejecución del objeto de la cooperativa.

Con todo, las relaciones desarrolladas bajo los anteriores parámetros escapan del ámbito de aplicación de la legislación laboral y se someten a lo que libre y voluntariamente dispongan los cooperados en los estatutos, gozando de amplia autonomía configurativa para definir, entre otras materias, el régimen de trabajo, la seguridad social y las compensaciones.

Sin embargo, en algunos casos, pese a aparecer formalmente como relaciones cooperativas, lo que en realidad existe es una relación laboral, por ende, bajo tal circunstancia no basta simplemente con que la persona



se asocie, pues lo determinante es la forma en que se desarrolle esa relación, conforme lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política.

Ahora, el Decreto 4588 de 2006 no hace más que reglamentar el funcionamiento de las Cooperativas y aunque es errado afirmar que solo deben prestar servicios a terceros, pues por el contrario el art 17 prohíbe que actúen como intermediarias, de sus disposiciones se extrae que el trabajo desempeñado por los asociados debe ser autónomo autogestionario, lo que en este caso, se reitera, no demostraron las demandadas, quienes tenían la carga probatoria, si querían desvirtuar el contrato de trabajo presumido, con Avianca S.A.

Por su parte, el artículo 5 de ese mismo Decreto señala lo siguiente:

*“Artículo 5°. Objeto social de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. El objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia.”*

Insiste la suscrita que, nada más lejos de la realidad, que en el presente caso se concluya una labor autogestionaria autónoma y autogobernada por parte del trabajador como auxiliar conductor – operario, la labor en sí no lo permite, pues se trata de labores en rampa, cargue y descargue de aeronaves y sus empresas clientes, selección de equipajes en bandas, manipulación de carros portaequipajes en instalaciones de Avianca y en sus terminales etc, todas ellas acreditadas en el proceso.



Conforme a lo expuesto, las relaciones desarrolladas bajo las premisas jurídicas enunciadas escapan del ámbito de aplicación de la legislación laboral y se someten a lo que libre y voluntariamente dispongan los cooperados en los estatutos, gozando de amplia autonomía configurativa para definir, entre otras materias, el régimen de trabajo, la seguridad social y las compensaciones.

Se reitera que, en el presente caso ninguna de las pruebas de aportadas por las demandadas, logran desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST, y por el contrario, el análisis de las pruebas en primera instancia parece dirigirse a que sea el demandante quien deba probar esas condiciones, como lo manifiesta la recurrente.

Nótese por ejemplo que, de los testimonios llevados al proceso por la parte actora no se analiza lo que en verdad es relevante, como es determinar la prestación subordinada del servicio, al considerar la Juez que aquellos poco o nada ofrecen al concentrarse simplemente en lo enunciado por éstos, en punto a que Servicopava era quien por medio de una página asignaba los turnos, y que los asociados para prestar el servicio reconocían que el tema administrativo de descansos, permisos, compensatorios, bonificaciones y otros, se manejaban a través de la oficina de Servicopava ubicada dentro de las instalaciones de esta ubicada en el aeropuerto.

De todas maneras, por parte y a favor de la demandada tampoco se logran declaraciones tendientes a desvirtuar la presunción; por ejemplo, aunque la prueba testimonial no es fuerte al indicar sobre la propiedad de las herramientas de trabajo, a folios 395 a 735 obra copia del contrato de comodato precario N°12605021 celebrado entre las partes, junto con los



diferentes otro si que hacen parte de aquel, lo que resulta extraño pues la labor era para la misma empresa Avianca S.A., luego, el comodato entre otras cosas resultaba innecesario y más que desvirtuar el contrato aparece como un indicio en el afán de ocultar la realidad.

Todas estas pruebas ignoradas por la Juez debidamente valoradas no habrían hecho más que corroborar la presunción, pero insiste la Sala, el análisis del contrato que se firmó, el de asociación, el de oferta y otros documentos, no era el que impone la Ley, pues básico por el contrario resultaba tener en cuenta, que así existan válidamente estos documentos, prima la realidad sobre las formas, toda vez que no basta simplemente con que la persona se asocie, como lo recalca la juez, ya que, lo determinante se itera, es la forma en que se desarrolle esa relación, conforme lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política.

Ahora bien, el artículo 16 del Decreto 4588 de 2006 dispuso que en aquellos eventos en que las Cooperativas actúan en contra de las prohibiciones establecidas en el artículo 17 *ibidem*, es decir, en aquellos casos en que el ente cooperado actúa como una empresa de intermediación laboral, dispone del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros, o cuando los remite como trabajadores en misión con el fin de que atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o en aquellos eventos en los cuales permite que entre sus asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes; el asociado se considera trabajador dependiente del beneficiario de sus servicios....”



Es claro que eso fue lo que sucedió en el caso que nos ocupa, es decir la cooperativa actuó en contra de las prohibiciones del art 17, siendo un simple intermediario, y contrario a lo afirmado por la Juez, suficiente prueba existe al respecto; pues el verdadero empleador, no hay duda fue AVIANCA S.A.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia y se declarará que entre el demandante JAIME CESAR MENDEZ LOZADA Y AVIANCA S.A existió un contrato de trabajo desde el 23 de diciembre de 2013 al 31 de octubre de 2017.

Así las cosas, definida la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y Avianca S.A., pasa a considerarse sobre las demás pretensiones, que se circunscriben a: el pago de los conceptos laborales de primas de servicios, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías desde el año 2014 hasta la fecha de finalización de la relación laboral, esto es, 31 de octubre de 2017; así mismo, solicita el reconocimiento de la indemnización por la no consignación de las cesantías para las anualidades 2014, 2015 y 2016; indemnizaciones por despido sin justa causa y de la que trata el artículo 65 del CST, y del denominado “*concepto de IVM asociado y asociado servicopava*” para los años 2014 a 2017, e indexación.

Previo a considerar sobre los eventuales derechos laborales del trabajador, y teniendo en cuenta que, como quedó visto en este caso mediaron prácticas de intermediación laboral entre las demandadas, circunstancia que se configura como una vulneración a las prohibiciones a las CTA para que actúen como intermediario o como empresas de servicios temporales, conforme el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, por consiguiente, el efecto de estas conductas hace posible que las convocadas sean solidariamente



responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del actor.

Ahora, en lo que tiene que ver con los conceptos laborales de primas y vacaciones reclamadas por el actor, al revisar los documentos visibles a folios 795 a 803 del plenario, se encuentran pagos efectuados al promotor por compensaciones de descanso y compensaciones semestrales para los periodos petitionados, conceptos que se asimilan a las primas de servicio y vacaciones dentro de la legislación laboral, y, por tanto, la Sala autoriza a las demandadas para descontar de las sumas pagadas en tal sentido, si hay lugar a ello, los diferencias que se puedan llegar a generar a favor del demandante, esto, a fin de evitar un **enriquecimiento sin justa causa** a favor del trabajador.

En el caso de las cesantías e intereses a las cesantías, el artículo 249 del CST señala que, todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores a la terminación del contrato, un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracción de año, en este caso, del histórico de pagos reseñado no se observa algún pago que se asimile a dicho concepto laboral, sin olvidar, que los aportes que pudo haber hecho en calidad de asociado el actor, provienen de las sumas percibidas por este mismo, sin que sean asignaciones adicionales que otorga el contratante o la CTA, y por tanto, no pasan de ser un ahorro del trabajador, sumas que le pertenecen a este.

Luego, procede la condena por el auxilio de cesantías, y para determinar su monto es necesario establecer el valor del salario percibido por el demandante, para los periodos reclamados; al revisar el histórico de pagos realizados al trabajador se evidencia que las sumas percibidas por este mes



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2018 – 0132 – 01 DTE: JAIME CESAR MENDEZ LOZADA DDO:  
AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A Y OTRO**

a mes son diferentes o variables, por ende, para efectos de fijar el salario percibido para cada anualidad, el mismo surge del promedio que resulte.

Es de advertir que para el año 2014 no obra dentro de los pagos allegados, plena prueba de lo percibido por el actor para esa anualidad, puesto que, únicamente obra a folios 796 y 797 cifras que se cruzan desde el 2014 hasta el 2015, de las que no es posible concluir lo verdaderamente pagado al trabajador, porque incluso, la confusión en tales cálculos, entre otras, se presenta, por ejemplo, en lo relacionado con la denominada compensación semestral, que de la prueba en conjunto es fácil concluir que aquella se asimila a la prima de servicios como ya se explicó, y por tanto, no es posible que se repita todos los meses, y menos, para dos anualidades, siendo que del año 2015 si se allega con claridad los emolumentos generados para ese año.

En tales términos, ante la falta de acreditación del valor del salario para el año 2014, se tendrá para todos los efectos el valor del mínimo legal mensual vigente para ese año, que corresponde a \$ 616.000, correspondiendo entonces a fijar el monto de los salarios así:

<b>AÑO</b>	<b>SALARIO</b>
2014	\$616.000
2015	\$1.404.143
2016	\$1.149.436
2017	\$1.531.164

Conforme los salarios antes arrojados, se tiene que lo correspondiente a cesantías e intereses a las misma corresponden a:



<b>AÑO</b>	<b>VALOR CESANTIA</b>
2014	\$616.000
2015	\$1.404.143
2016	\$1.419.436
2017	\$1.280.223
<b>TOTAL</b>	<b>\$4.719.802</b>

<b>AÑO</b>	<b>% CESANTIAS</b>
2014	\$73.920 (prescrito)
2015	\$168.497(valor parcialmente prescrito desde el 7 de marzo de 2015) valor a pagar \$137.606
2016	\$170.332
2017	\$128.449
<b>TOTAL</b>	<b>\$436.387</b>

Frente a las indemnizaciones por la falta de consignación del auxilio de cesantía conforme el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la moratoria de la que trata el artículo 65 del CST, a su pago serán condenadas las demandadas, al quedar demostrada la conducta alejada de buena fe de las convocadas, ante las prácticas prohibidas de intermediación laboral en que se incurrió, y que el verdadero empleador obedece a Avianca S.A.

Para el efecto se impondrán las condenas en los siguientes términos:

- Indemnización moratoria por la no consignación de cesantías:



<b>AÑO</b>	<b>PERIODO</b>	<b>SALARIO</b>	<b>VALOR INDEMNIZACIÓN</b>
2014	15 DE FEB 2015 A 14 FEB 2016	\$616.000	(\$7.391.999)
	Parcialmente prescrito desde el 7 de marzo de 2017	Suma a reconocer:	\$6.940.267
2015	15 DE FEB 2016 A 14 FEB 2017	\$1.404.143	\$16.849.716
2016	15 FEB 2017 A 31 OCT 2017	\$1.531.164	\$13.116.972
<b>TOTAL</b>			<b>\$36.906.955</b>

En cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, consistente en un día de salario por los primeros 24 meses transcurridos desde el siguiente a la terminación del contrato, esto es, 1 de noviembre de 2017, y hasta el 1 de noviembre de 2019, la suma asciende a **\$36.747.936**, valor al que se condenará a las demandadas, junto con los intereses moratorios fijados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre las sumas adeudadas por concepto de las prestaciones aquí objeto de condena, a partir del 2 de noviembre de 2019 y hasta que se verifique su pago.

Por otro lado, sobre las circunstancias del presunto despido sin justa causa, al interior del hecho 49 de la demanda, se sabe que *“el retiro voluntario de los trabajadores fue un formato que Servicopava tenía prediseñado e impreso y colocaron a mi representado a firmar”*, sin que del debate probatorio haya acreditado con certeza que la verdadera intención del trabajador no era precisamente la de desvincularse de la organización, y que por las demandadas era la de prescindir de sus servicios, por lo que ante la orfandad probatoria en tal sentido, no es posible considerar la



indemnización por despido injustificado, cuando de éste quedó probado por parte del actor, al corresponderle la carga probatoria conforme el artículo 167 del CGP.

Por último, sobre las peticiones por “*concepto de IVM asociado y asociado Servicopava*” para los años 2014 a 2017, previamente debe indicarse que, a folio 804 obra documento denominado *paz y salvo de liquidación definitiva de compensaciones por terminación de convenio de asociación*, del cual se observa que, dentro de los conceptos a pagar aparece el de “aportes Servicopava” por valor de \$644.112, suma que se tendrá en cuenta para ser deducida eventualmente, una vez la Sala haya considerado sobre las pretensiones en tal sentido.

Sobre el *concepto de IVM asociado*, al analizar en conjunto el histórico de pagos realizados al demandante (fls.795 a 803) en contraste con las planillas o certificados de aportes realizados al Sistema de Seguridad Social respecto del trabajador asociado, en su momento, por parte de la CTA, se encuentra que aquel corresponde a la carga parafiscal que le compete a los empleadores respecto de sus trabajadores, y este caso, específicamente el descuento del que se pretende su retorno correspondió por subsidio familiar al estar afiliado a la Caja de Compensación Familiar CAFAM, carga que evidentemente no le correspondía asumir al trabajador, en tal orden de ideas, se condenará a las demandadas para que devuelvan esos aporte conforme la liquidación que hará el Tribunal, y basado no solo en el informe histórico de pagos, sino también de lo reflejado en las planillas de aportes al Sistema de Seguridad Social respecto del promotor.



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2018 – 0132 – 01 DTE: JAIME CESAR MENDEZ LOZADA DDO:  
AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A Y OTRO**

En cuanto al concepto de “*asociado Servicopava*”, el mismo se precisa como aportes que realizaba el asociado y que se itera, le corresponden a este, por ende, al no haber elemento de prueba que acredite que los mismos le fueron retornados, a excepción de la suma hallada en la mentada liquidación final, es por lo que se condenará y ordenará a las demandadas la devolución de estos, con la salvedad que para el año 2014 no es posible determinar los descuentos realizados ante la inconsistencia advertida en precedencia para esa anualidad, sin que obre actividad probatoria en tal sentido, que dicho sea de paso, tampoco logra probar que éstos deben devolverse en la suma de \$1.237.032, que asimila para todos los periodos sin distinción y sin fundamento.

Así las cosas, los conceptos de *IVM asociado* y *asociado Servicopava*, deben ser devueltos al actor conforme los siguientes valores:

<b>IVM ASOCIADO</b>	
<b>AÑO</b>	<b>VALOR</b>
2014	\$375.900
2015	\$459.300
2016	\$505.300
2017	\$432.200
<b>TOTAL</b>	<b>\$1.772.900</b>
<b>ASOCIADO SERVICOPAVAL</b>	
<b>AÑO</b>	<b>VALOR</b>
2015	\$386.644
2016	\$413.714
2017	\$368.891
<b>TOTAL</b>	<b>\$1.169.249</b>



Menos liquidación folio 804	\$644.112
<b>TOTAL FINAL</b>	<b>\$525.137</b>

Por último, sobre las excepciones formuladas por las demandadas, en lo que interesa a la prescripción, al salir triunfante la pretensión principal de existencia del contrato de trabajo con Avianca S.A., y consecuentemente, por la condena sobre los conceptos o prestaciones sociales en la manera antes analizada, se advierte que el fenómeno extintivo debe ser estudiado particularmente dependiendo el objeto de esta.

En el presente caso, salieron abantes las pretensiones referidas al auxilio de cesantías e intereses a las mismas, que, en punto de la prescripción, la jurisprudencia laboral ha expresado que, el término para reclamar las primeras se inicia a contabilizar desde la finalización de la relación laboral, independientemente la duración de esta, que, para el caso de los intereses, se cuenta de fecha a fecha. (SL2307-2021).

Para tales efectos, es de recordar que la relación laboral terminó el día 31 de octubre de 2017 y la demanda fue presentada el 07 de marzo de 2018, por lo que, la acción se encuentra interpuesta dentro del término trienal conforme el artículo 488 del CST, por ende, en el caso de las cesantías sobre estas no operó el fenómeno extintivo.

Contrario a lo anterior, en el caso de los intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones si operó de manera parcial la prescripción, en tanto que, estos fueron cubiertos por el fenómeno extintivo desde el 7 de



marzo de 2015, conforme la liquidación de los primeros realizada en precedencia, afectando de igual manera, el resultado de la indemnización por la no consignación de las cesantías.

Por lo anterior, se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción y no declaradas las demás.

Por último, sobre la indexación debe decirse que, en lo que respecta propiamente a las prestaciones, la misma no puede ser despachada favorablemente, comoquiera que, se impuso condena conforme el artículo 65 del CST, lo que haría incompatible su imposición; no obstante, si procede frente a los mentados conceptos de *IVM asociado* y *asociado Servicopava*, en las sumas fijadas en esta sentencia, las cuales deben ser actualizadas al momento del pago efectivo, conforme el IPC determinado por el DANE, teniendo como índice inicial la fecha en que terminó el contrato de trabajo, esto es, 31 de octubre de 2017, y como fecha final, la del pago.

Las costas de primera instancia estarán a cargo de cada una de las dos demandadas, así como las que aquí se fijan a su cargo de igual manera, para el efecto, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de las convocadas.

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: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de julio de 2020, para en su lugar, **DECLARAR** que entre el demandante JAIME CESAR MENDEZ LOZADA Y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA S.A existió un contrato de trabajo desde el 23 de diciembre de 2013 al 31 de octubre de 2017, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** solidariamente responsables a la empresa AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA S.A y la Cooperativa de Trabajo Asociado CTA SERVICOPAVA, por las obligaciones económicas que se causen a favor del actor, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la empresa AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA S.A y la Cooperativa de Trabajo Asociado CTA SERVICOPAVA, al reconocimiento y pago a favor del demandante, el señor JAIME CESAR MENDEZ LOZADA, de los siguientes conceptos y sumas:

- **CESANTIAS \$ 4.719.802**
- **INTERESES A LAS CESANTÍAS \$ 436.387**
- **INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS \$36.906.955**

-

**CUARTO: ORDENAR** a la Cooperativa de Trabajo Asociado CTA SERVICOPAVA para que, a favor del demandante, devuelva los descuentos



por los conceptos de IVM asociado y asociado Servicopava, en las sumas determinadas en la sentencia, las cuales deben ser actualizadas al momento del pago efectivo, conforme el IPC determinado por el DANE, teniendo como índice inicial la fecha en que terminó el contrato de trabajo, esto es, 31 de octubre de 2017, y como fecha final, la del pago:

- Descuento IVM asociado \$ 1.772.900
- Descuento asociado Servicopava \$ 525.137

**CUARTO: AUTORIZAR** a las demandadas para descontar de las sumas pagadas por compensaciones de descanso y compensaciones semestrales, si hay lugar a ello, las diferencias que se puedan llegar a generar a favor del demandante por concepto de primas de servicios y vacaciones, esto, a fin de evitar un **enriquecimiento sin justa causa** a favor del trabajador.

**QUINTO: CONDENAR** a la empresa AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA S.A y la Cooperativa de Trabajo Asociado CTA SERVICOPAVA, al reconocimiento y pago a favor del demandante el señor JAIME CESAR MENDEZ LOZADA, de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, consistente en un día de salario por los primeros 24 meses transcurridos desde el siguiente a la terminación del contrato, esto es, 1 de noviembre de 2017, y hasta el 1 de noviembre de 2019, la suma asciende a **\$36.747.936**, junto con los intereses moratorios fijados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre las sumas adeudadas por concepto de las prestaciones aquí objeto de condena, a partir del 2 de noviembre de 2019 y hasta que se verifique su pago.



**SEXTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás.

**SEPTIMO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

**OCTAVO: CONDENAR** en costas a las demandadas, para lo cual fijan como agencias en derecho la suma de **\$1.500.000** a cargo de cada una de las dos demandadas y a favor del demandante. Las de primera instancia a cargo de las demandadas.

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

EN USO DE PERMISO  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
Magistrado



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

**PROCESO ORDINARIO No.** 28-2019-0055-01

**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA

**DEMANDANTE:** MARIA DEISY VILLAMIL BARRIGA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de febrero de 2020.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior Colpensiones y Porvenir S.A., presentaron alegaciones.



## **ANTECEDENTES**

La señora María Deisy Villamil Barriga por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que la AFP Porvenir S.A., incumplió con el deber legal de información, al no brindar asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante; que se declare nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de la AFP Porvenir S.A., al considerar que la falta de información vicio su consentimiento; como consecuencia de lo anterior, solicita a Protección S.A. a trasladar el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, entidad que deberá activar la afiliación de la actora en el régimen de prima media; Solicita se condene a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez conforme la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de noviembre de 2017, fecha en la que considera reunió los requisitos de edad mínima y densidad de semanas, sin embargo, solicita el pago del retroactiva e indexada desde el mes de julio de 2017, fecha en la cual manifiesta haber realizado la última cotización.

## **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 13 de marzo de 1960, que inició a cotizar a partir del mes de septiembre de 1981 en el régimen de prima media por intermedio del ISS; que se afilió a Porvenir S.A. el 30 de septiembre de 1999, cuando contaba con 39 años de edad y 553,71 semanas al momento de efectuar su traslado de régimen pensional, y que el 11 de febrero de 2002 se afilió a Protección S.A., cuando tenía 42 años de edad; que estando en su trabajo se presentó un grupo de asesores comerciales de la AFP



Porvenir S.A., para convencerla al igual que sus compañeros de trabajo, para que se trasladaran de régimen pensional, bajo el argumento que recibirían una mesada pensional de mayor valor, sin que se le brindara información clara y completa sobre los efectos y las consecuencias de su traslado pensional; que no le realizaron proyecciones; ni cuanto sería la devolución de saldos o indemnización sustitutiva en caso que haya lugar a ello; que igual situación ocurrió con Protección S.A. Que Protección S.A., reconoció pensión mínima de vejez a partir del 1 de noviembre de 2017, teniendo como semanas cotizadas según este último fondo 1.516,71 semanas, que según sus cálculos si estuviera en el régimen de prima media le hubiese correspondido como mesada la suma de \$1.885.762, y por ello es que elevó las correspondientes reclamaciones ante las demandadas.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Porvenir S.A. contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 4, 25 y 28 y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 27, 30 y 33 y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al



pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 3, 4, 6, 7, 21, 22, 26, y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó validez de la afiliación al RAIS con Protección S.A., buena fe, compensación, prescripción de la acción para demandar, la nulidad de la afiliación e inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, e impuso costas a cargo de la demandante.

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

“Que conforme el problema jurídico, se tiene que la AFP Protección S.A. le reconoció pensión mínima a partir del 1 de noviembre de 2017 en cuantía inicial de \$737.717 según folios del 47 a 55 del plenario. Sobre la nulidad del traslado la jurisprudencia laboral al indicar que para considerar que la voluntad de traslado estuvo precedida de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que el fondo demuestre haber suministrado información clara y veraz, completa, oportuna y pertinente, sobre las condiciones específicas de su situación pensional. Así como todas las implicaciones que pudieran derivarse de la aceptación del traslado y que la omisión en la información trae como consecuencia la nulidad del mismo, tal como lo refieren la sentencia SL12136 del 3 de septiembre de 2014, y más reciente en la sentencia SL1421 de 2019 entre otras, que en el presente caso no se dan los mismos supuestos facticos estudiados por la corte puesto que allá se estudia el caso de afiliados que alegaban la ausencia total o parcial de la información suministrada por la AFP al momento de efectuarse el cambio de régimen pensional sin que se hiciera mención alguna respecto de quienes alegan igual omisión pero solo ostentando la calidad de pensionados situación que permite apartarse del citado precedente, y que la sala laboral de la Corte no ha decantado aun lo relativo con este grupo de sujetos en particular se hace necesario acudir al precedente vertical en sede de segunda instancia que el debate ya ha sido zanjado por algunas salas del tribunal superior de Bogotá como la del 5 de septiembre del año 2018 radicado 2016 01001 con ponencia de la Dra. Martha Ávila Triana en la cual en un



**Proceso Ordinario Laboral 28 – 2019 – 055 – 01 DTE: MARIA DEISY VILLAMIL BARRIGA DDO:  
COLPENSIONES Y OTRO**

caso similar se negó la nulidad del traslado del régimen al considerar que con posterioridad a la suscripción del formulario de afiliación había ratificado una serie de actuaciones con la cual ratificó su intención de pertenecer al RAIS como solicitar el reconocimiento pensional, la emisión del bono pensional, escoger la modalidad en la cual quería pensionarse y aceptar la mesada pensional fijada, frente a lo cual no se alegó ninguna irregularidad y por el contrario demostraban la aceptación de la demandante con su situación pensional consolidada. Que es claro para el despacho que no es procedente entrar a determinar la validez del acto de afiliación al rais a través de la AFP Porvenir S.A., puesto que no se dan los presupuestos indicados por la jurisprudencia para proceder a determinar tal situación y segundo, de haberse presentado una eventual nulidad para el año 1999, lo cierto es que la misma se superó en el momento en que la señora Villamil solicitó el reconocimiento de la pensión el 22 de mayo de 2017 a folio 155 lo que se ratifica con la aceptación de la mesada pensional que le sería reconocida actos inequívocos tendientes a ratificar su intención de pertenecer a dicho régimen pensional, en ese orden de ideas, habrá de absolverse de las pretensiones por lo que no procede el estudio de la pensión de vejez deprecada. Se declararán los medios exceptivos. Costas a la parte actora

## **APELACIÓN**

### **PARTE DEMANDANTE**

“Me permito interponer recurso de apelación para que el Tribunal proceda a revocar la sentencia; apartándome en cuanto que la interpretación que se ha hecho, que quien solicita la ineficacia del traslado, que han recibido el reconocimiento de la prestación económica derivada de los aportes realizados para la cobertura de los riesgos de invalidez vejez y muerte del rais, toda vez que, con la aceptación de este pago no podría entenderse subsanada la falta en la que pudo haber incurrido el fondo de pensiones que tendría a su cargo el traslado del régimen pensional en un principio, en el proceso no se encuentra prueba que permita concluir que el fondo de pensiones hubiese adelantado gestiones tendientes a acudir a la asesoría adecuada respecto de su afiliada a darle un acompañamiento durante el tiempo en que oportunamente este habría podido tomar una decisión diferente, es decir, la de retornar al régimen de prima media si aquello era lo que se podía ajustar a las expectativas que pudiese tener respecto de su futuro pensional.

### **CONSIDERACIONES**

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora, en los términos del recurso interpuesto.



Sea lo primero advertir, que los dos puntos argumentativos que tuvo el a quo, para concluir su resultado de absolver a las demandadas, se centran, primero, en que, para el caso de la demandante no se daban las condiciones jurisprudenciales para acceder al traslado solicitado, y segundo, que, comoquiera que, la demandante tiene la calidad de pensionada, es por lo que, a falta de criterio de la Sala Laboral del Corte Suprema de Justicia, en casos como el de aquella, en donde, desde tal calidad se pretende dejar sin valor el traslado al régimen que finalmente le pensionó; para tal propósito hizo uso de algunas decisiones proferidas por los Tribunales Superiores de Medellín y Bogotá, para indicar que, no encuentra mérito para acceder al traslado previa declaración de ineficacia, y al reconocimiento de la también solicitada pensión de vejez conforme la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Ahora, por razones de método, previamente la Sala abordará el análisis de la calidad de pensionada de la demandante, y sus implicaciones frente a las peticiones de la demanda.

Frente a la calidad de pensionada de la señora María Villamil Barriga, la AFP Protección da cuenta de ello con la constancia que aporta con la contestación de la demanda (fl.184), al indicar que, la pensionada por vejez por parte de ese Fondo, disfruta de la prestación desde el 21 de junio de 2018.

Es decir, que, en el presente asunto, no se trata simplemente de un afiliado (a) que considera que su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no estuvo revestido de eficacia, sino de una pensionada con un



derecho consolidado, situación que merece un análisis específico y que se apoya en criterios auxiliares como es la jurisprudencia, dadas las implicaciones de las decisiones que se lleguen a adoptar, frente a un eventual retraimiento de los actos que hicieron posible el reconocimiento pensional, y los efectos para el Sistema General de Pensiones.

En la sentencia de primer grado, se observa que la Juez advierte la condición de pensionada de la demandante, como una de las razones para despachar desfavorablemente, no solo las pretensiones encaminadas a la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional del 30 de septiembre de 1999 siendo afiliada en su momento por medio de la AFP Porvenir S.A., sino también, las relacionadas con el reconocimiento pensional de vejez conforme la Ley 100 de 1993.

En este punto, es importante mencionar que, contrario a lo manifestado en las motivaciones de la sentencia de primera instancia, al interior de la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia, para el momento de la decisión, esto es, 19 de febrero de 2020, si existía pronunciamiento por parte de esa Corporación al respecto, por ejemplo, la sentencia CSJ SL con radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 respecto de la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado, como es el caso que hoy ocupa la atención de la Sala, criterio que fue abandonado recientemente en la sentencia SL373-2021 con radicación 84475 del 10 de febrero de 2021, para en su lugar, indicar en síntesis que, ante una situación jurídica consolidada y hecho consumado, como es la pensión de vejez, el intento de revertir tales actos, podría afectar los derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de algunos actores del sistema, con implicaciones financieras desfavorables al régimen de prima



media, pronunciamiento que se cita a continuación en lo particular:

(...)

*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.*

*En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.*

*Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber*



**Proceso Ordinario Laboral 28 – 2019 – 055 – 01 DTE: MARIA DEISY VILLAMIL BARRIGA DDO:  
COLPENSIONES Y OTRO**

*de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.*

*El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.*

*En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.*

*En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.*

(...)

Es decir, conforme el reciente pronunciamiento citado en lo que interesa a la decisión, ya no es posible que respecto de la situación pensional de una persona que haya consolidado el derecho, con el reconocimiento de la prestación, se acceda a la declaración de ineficacia y/o nulidad de la afiliación al régimen que asumió cubrir ese riesgo ante su causación, quedando la posibilidad, que el pensionado si considera que el fondo o administradora incumplió con el deber de suministrar la suficiente información, de la que adolece para el momento del traslado, y que por tal razón padece un detrimento en la cuantía de su mesada pensional, pueda demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la entidad responsable.

Con todo, considera la Sala que resultan suficientes los anteriores argumentos para despachar desfavorablemente tanto las pretensiones de la demanda, como el recurso que intenta su prosperidad, sin que resulte



necesario abordar el análisis frente a si, para al momento del traslado de régimen la decisión de la afiliada estuvo revestida o no de legalidad, por consiguiente, se confirmará la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

**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 de ésta Sala de Decisión, 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



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. Serrano Baquero'.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado**

EN USO DE PERMISO  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado**

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

PROCESO ORDINARIO No. 23 2018 00680 01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: DIEGO LOPEZ CORTES  
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 junio 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 25 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Veintitrés laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la apoderada de la parte actora.

**ALEGACIONES**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes, presentaron alegatos de conclusión.

**ANTECEDENTES**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que se condene a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES, el saldo total existente en la cuenta individual de ahorro de la demandante, incluyendo la totalidad de los dineros generados. Así mismo, solicita se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho y a lo que resulte demostrado en uso de las facultades extra y ultra petitia. (fl.- 6)

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se afilió al ISS y realizó cotizaciones desde el 15 de abril de 1.974.
- Que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el día 19 de octubre de 1.998.
- Que los fondos privados del cual hacen parte la demandada, con el objeto de que las personas e afiliaran al RAIS, publicitaron información que faltaba a la verdad u ocultaron la misma.
- Que le indicaron que se podía trasladar a una temprana edad, sin que se le indicara de manera exacta como debía lograrlo.
- Que le indicaron que su mesada pensional, sería superior en la AFP, sin que le hicieran pretensiones reales.
- Que le manifestaron que COLPENSIONES iba a desaparecer, estando en riesgo los aportes para pensión de las personas de dicho régimen.
- Que no le indicaron las ventajas y desventajas de uno u otro régimen.
- Que le informaron que el ISS, ponía muchos obstáculos para responder por las pensiones.
- Que elevó reclamación administrativa, pero a la fecha no ha recibido respuesta alguna. (fl.- 2 - 5)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 16, 17, 23 y 25, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios o indexación y compensación. (fl. 234 – 243).

Por su parte la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 2, 14, 18, 19, 24 y 25, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y, inexistencia de la obligación de devolverlas comisiones. (fl. 273 - 294).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 25 de noviembre de 2019, resolvió:

- 1. Absolver a las demandas administradora colombiana de pensiones Colpensiones y administradora de pensiones y cesantías protección de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor Diego López Cortes, conforme a lo considerado.*
- 2. Condenar en costas al demandante.*
- 3. De no ser apelada la presente sentencia, se ordena remitir al honorable tribunal superior del distrito judicial, sala de decisión laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, en caso de que no fuese apelado, reiteramos.*

Fundamentó su decisión en la Juez de primer grado señalando:

*“Diego López Cortes mediante apoderada judicial promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección, al igual que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones para que previos los tramites que le son propios a esta clase de procesos se declare la anulación o la ineficacia de la afiliación*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*del régimen administrado por protección, se ordene el traslado de la afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiese ido de dicho régimen, se ordene a protección la devolución de dineros a Colpensiones, todos los dineros que recibió con motivo de esta afiliación, se condene igualmente a protección en caso de haberse otorgado previamente pensión por el fondo de pensiones al momento de declararse sentencia que ponga fin a la litis a seguir pagando la misma hasta tantos sean trasladados por el fondo demandado y sea incluido en nómina de pensiones, costas y agencias en derecho. Las anteriores pretensiones se fundamentan en que el afiliado se afilió al sistema de seguridad social a partir de 5 de abril de 1974 al iss, se trasladó a protección mediante afiliación realizada el 19 de octubre de 1998 sin entregar la información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que se le haya entregado proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de su pensión, no se le entregó información indicándole como era el capital ahorrado que debía tener para la pensión de un salario mínimo, no le informó que tenía derecho a retractarse de la afiliación.*

*Como trámite procesal, admitida la demanda le fue notificada en debida forma a las demandadas, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones manifestando que a la fecha la parte demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por protección, la cual se encuentra debidamente acreditada por la voluntad de trasladarse y suscribir el formulario de afiliación, en su defensa formula excepciones de mérito, validez de la afiliación en el régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, indexación, compensación e innominado genérica. Por su parte, protección se opuso a las pretensiones de la demanda toda vez que manifiesta que no se encuentra frente a un acto inexistente, se encuentra frente a un acto valido exento de vicios y de cualquier fuerza para realizarlo, señala que el formulario de vinculación que suscribió el señor Diego López Cortés se realizó de forma libre y espontanea, solemnizándose de esta forma su afiliación, formuló excepciones de fondo, inexistencia de la obligación, falta y causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos del sistema general de pensiones e innominado genérica. Tramitado el proceso en legal forma y surtido el debate probatorio sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el juzgado a resolver el problema jurídico planteado, previas las siguientes consideraciones:*

*Respecto a la ineficacia del traslado de régimen pensional: en el presente proceso se controvierte por las partes la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual, pues mientras las demandadas aducen que la misma es válida, la parte demandante asegura que es ineficaz y solicita así se declare, dado que no se le suministró la información necesaria sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional. Así las cosas, es claro que conforme a lo manifestado por las partes y lo discutido en el presente juicio en el litigio o controversia en el presente asunto, tal y como se termina al momento de la fijación del mismo, radica principalmente en establecer si se puede declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

administrado por la afp protección ante la falta de información necesaria sobre cambio de régimen. En tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian, tal y como lo indica el literal E artículo 13 ley 100 de 1993, para esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social en caso que se vea truncado, bien sea por la inexistencia del mismo, por la existencia de un vicio de su producción o por la indebida información o su ausencia, será susceptible de declarar la ineficacia de tal escogencia. Así mismo el artículo 1604 del código civil consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de los contratos incumbe al que ha debido emplearlo, por tanto el deber de información está a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional. Al analizarse las pruebas allegadas al proceso, de conformidad con los artículos 60 y 61 del cptss encontramos documentos que informan el traslado de la parte demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. En efecto se advierte como prueba referentes a la afiliación de la parte demandante al régimen de prima media el resumen de semanas cotizadas expedido por Colpensiones visto a folio 252 a 257. En cuanto a la afiliación a protección se aportó copia del formulario de solicitud de vinculación de fecha 19 de octubre de 1998, folio 306, resumen de historia laboral, folio 312-330, copia de reasesoría pensional, folio 331, proyección de pensiones del régimen de prima media 4 de mayo de 2005, folio 332-333. Pruebas de las cuales puede establecerse que la parte demandante se afilió al entonces instituto de seguro social el 15 de abril de 1974 y allí efectuó cotizaciones por el lapso comprendido entre el 15 de abril de 1975 y 30 de noviembre de 1998, posteriormente se afilió el 19 de octubre de 1998 a este fondo y en dicho fondo efectuó cotizaciones a partir del 1 de enero de 1990 hasta la fecha. De esta forma el actor permanece en el régimen de ahorro individual del cual pretende retornar al de prima media con prestación definida, aduciendo que no se le brindó la información necesaria sobre las implicaciones que tendría ese cambio de régimen pensional y las consecuencias jurídicas del cambio de régimen pensional. Al respecto, traemos a colación el primer pronunciamiento en este sentido, sentencia con radicación 31892008, magistrado ponente Eduardo López Villegas por ser relevante en el presente asunto trae a colación, pues luego de analizar las responsabilidades especiales de las administradoras de fondos de pensiones, concluye con la necesidad de la información a la cual hemos venido haciendo referencia, sentencias que se han venido reiterando a lo largo del tiempo en la cual se sostiene efectivamente que se debe brindar una información clara y suficiente para efectos de suscitar el cambio de régimen pensional. En tal sentido, con la claridad que dan los pronunciamientos que se señalaron anteriormente, teniendo que en el presente asunto se discute que hubo información errónea, incompleta, que pudo afectar al afiliado, la administradora de fondos de pensiones, en este caso protección, para efectos de suscitar el traslado inicial del iss al régimen de ahorro individual del demandante allegó copia del formulario de afiliación del demandante, igualmente copia de la reasesoría pensional de fecha 24 de junio de 2005, folio 331, así mismo allega una copia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*de la proyección pensional, fecha 4 de mayo de 2005, folio 332-333, en donde le informan que no puede pensionarse anticipadamente porque el capital no le alcanza para financiar una pensión del 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la ley 100 de 1993, que tendría derecho garantía de pensión mínima al régimen de ahorro individual con solidaridad y concluye esta reasesoría manifestándole al demandante que no le es conveniente mantenerse en este sistema pensional administrado por protección. En este sentido, el despacho considera que esta afp protección cumplió con la carga de la prueba, pues en los términos de las sentencias expedidas por la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, como la sentencia que trajimos a colación la 31989 de 2008, le correspondía a la afp demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones del cambio de régimen y como se expuso anteriormente, para el despacho ello se cumplió, o la carga de la prueba la asumió la parte demandada, en este caso, se establece para el despacho que si se le brindó la información de manera particular, le suministraron a la parte actora la información necesaria y relevante, y mas aun para fecha del 2005, cuando el actor contaba con 50 años de edad aproximadamente, lo que quiere decir que en esa época podía efectivamente trasladarse de régimen y le dieron la asesoría, el buen consejo, donde le dijeron que, o se puede leer del mismo documento que no le convenia estar en protección, teniendo en cuenta las proyecciones a folios 332-333, está la proyección en cada uno de los regímenes pensionales y obviamente o claramente en el régimen de prima media con prestación definida la pensión de acuerdo a las normas que regulan este sistema iba a ser superior al de ahorro individual con solidaridad administrado por protección, tanto así que se le establece que no podrá pensionarse anticipadamente, se le dice que tendría derecho a una pensión en el régimen de ahorro individual de garantía mínima, y es claro para el despacho que para esa época, contaba todavía con 50 años y podía trasladarse hasta tener los 52 años, situación que no efectuó el demandante, habiendo tenido la información en esta reasesoría, con lo cual reiteramos se cumple la carga de la prueba de la parte demandada, esto es, protección. En efecto, según se infiere del material probatorio, el fondo de pensiones privado efectivamente, considera el despacho que se ocupó de brindar la asesoría en la información directa al demandante de manera idónea, si bien es cierto no establecemos esta información al momento de la afiliación, si se establece en un momento en que el demandante todavía tenia la oportunidad de trasladarse de régimen y no lo hizo, en ese sentido es que considera el despacho que se cumple con los parámetros de la jurisprudencia para efectos de la debida información de las consecuencias y considerar válidas las consecuencias del traslado de régimen, pues se le informaron los factores que pueden afectar la situación pensional, lo que significa para el despacho que la entidad demandada afp protección obró en consonancia con el principio de eficiencia, que informa el sistema de la seguridad social, al tenor del literal A del artículo 2 de la ley 100 de 1993. En ese orden de ideas encuentra del despacho que la parte demandada cumplió con la carga que le impone de acreditar haber transmitido a la parte actora información clara, cierta sobre las implicaciones de permanecer en el rais y en consecuencia al despacho no le queda otro camino que absolver a las demandas de las pretensiones incoadas.*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*Excepciones. Por el resultado del proceso, se hace innecesario el estudio de las excepciones. Costas a cargo de la parte demandante a favor de las demandadas. Sin mas consideraciones, en mérito de lo expuesto el juzgado 23 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve...”*

**DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora señaló:

*Gracias su señoría. Con todo respeto, me permito interponer recurso de apelación ante los honorables magistrados de la sala laboral en los siguientes términos: en el caso en que nos ocupa, la afp no cumplió con los requisitos legales y jurisprudenciales para mantener la validez y eficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, incumpliendo con la obligación prevista en el artículo 1 del artículo 97 del decreto 663 de 1993, y lo dispuesto en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, sobre la decisión libre y voluntaria del afiliado al momento de ser trasladado de régimen pensional. Para la honorable sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, la decisión libre y voluntaria que debe acompañar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite del traslado de régimen pensional habrá de estar precedida de la información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables que la decisión acarrea. Tampoco se trata de diligenciar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no a la persona en transición, pues la libertad informada como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, dicha circunstancia condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permiten escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 97 del estatuto orgánico del sistema financiero, la corte suprema de justicia, sala laboral 421 de 2019. Si bien su señoría, insisto, en que obra reasesoría pensional realizada a mi mandante en el año 2005, la misma no cumple con los parámetros técnicos establecidos para su validez, mas cuanto ni siquiera deja establecer la ultima fecha en la que mi mandante podría retornar al régimen de prima media, todos estos factores no le fueron explicados con claridad a mi mandante, su señoría. Por lo anterior expuesto, dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitándole al honorable tribunal, sala laboral, que revoque la decisión tomada el día de hoy y conforme a eso, conceda las pretensiones de la demanda. Muchas gracias.*

**CONSIDERACIONES**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por la demandada PROTECCIÓN S.A., procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor DIEGO LOPEZ CORTES, 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 PROTECCIÓN 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 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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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, por lo que la carga de la prueba esta en cabeza de la demandada.

Es así como para estos casos **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.

Ahora bien, en el presente proceso, tal y como lo señala el Juez de Primer Grado, se evidencia que la demandada prestó una reasesoría al actor el día 24 de junio de 2005, en la que se le indicó de manera expresa que no le era conveniente continuar afiliada a dicho fondo, ya que al momento de pensionarse la cuantía de su pensión sería inferior a la que recibiría en el Régimen de Prima Media. Así mismo le indicaron que por el capital ahorrado, no podría pensionarse de manera anticipada.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

No obstante lo anterior, es necesario señalar que la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que la ineficacia el primer acto jurídico de traslado no es subsanable, por lo que, la información, además de ser precisa y clara debe ser oportuna, esto es al momento exacto de la afiliación. (STL 3382 DE 2020 y STL 3187 de 2020)

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada por la demandada es el formulario de afiliación suscrito por el 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.

Es por ello que la Sala revocará la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó al actor, todas las circunstancias necesarias para la toma de la decisión y ate la falta de actividad probatoria, nos lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información necesaria.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el 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:*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*(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.*

*(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)*

Por lo anterior, se itera, se **REVOCARÁ** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara la demandante a través de formulario de afiliación suscrito con la AFP PROTECCIÓN y se ordena a esta última, a efectuar el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal afiliación, junto con sus rendimientos y gastos de administración a órdenes de la demandada COLPENSIONES.

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. Las de primera instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN y en favor de la parte actora.

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: REVOCAR** en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que el demandante, señor DIEGO LOPEZ CORTES, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, con la AFP PROTECCIÓN, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado el demandante DIEGO LOPEZ CORTES, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

**TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado del señor DIEGO LOPEZ CORTES al régimen de prima media con prestación definida.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2018 00680 01 Dte: DIEGO LOPEZ  
CORTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**CUARTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**QUINTO: REVOCAR** la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A., y en favor de la parte demandante.

**SEXTO: 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 SEMINARIO BAQUERO  
MAGISTRADO**

En Permiso.  
**LORENZO TORRES RUSSY**

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

PROCESO ORDINARIO No. 21-2018-377-01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: VIANNEY RIBÓN CLAVIJO  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**RECONÓZCASE PERSONERÍA** a la Doctora CINDY JULIETH VILLA, 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 junio 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 entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 3 de agosto de 2020.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir y Colpensiones S.A.

**ANTECEDENTES**

La señora VIANNEY RIBÓN CLAVIJO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Protección S.A., omitió en el acto de traslado a dicho fondo proporcionarle la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANEY RIBÓN CLAVIJO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

información, clara, exacta, profesional, cierta, real, suficiente, determinante y oportuna, se declare que esta administradora la indujo en error viciando su consentimiento al momento de suscribir el formulario de traslado; como consecuencia de tales declaraciones peticona la nulidad de dicho traslado de régimen, así como los efectuados con posterioridad dentro del RAIS y se condene a Porvenir S.A., a trasladar la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual junto con rendimientos, sin descontar valor alguno por concepto de gastos de administración, ordenando a Colpensiones activar su afiliación; de manera subsidiaria peticona se condene a Porvenir S.A., a pagar la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en dicho fondo y la que hubiera recibido en el RPM, diferencia que estima en \$700.000.000, teniendo en cuenta su expectativa de vida (fls. 125).

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 24 de enero de 1962, por lo que actualmente cuenta con 56 años de edad, que se vinculó al RPM administrado por el entonces ISS, el 4 de febrero de 1988, Instituto al que estuvo afiliada hasta el 30 de septiembre de 1999 y en el que cotizó un total de 595,71 semanas, contando por ello con el 60% de las semanas exigidas para acceder a derecho pensional. Indica que el 1 de septiembre de 1999, diligenció formulario de vinculación con la demandada Protección S.A., en el que no se refleja nada respecto al IBL de ella ni ningún otro aspecto pensional relevante, de lo que se determina que para promover dicho traslado, no medió ningún tipo de asesoría especializada; no se le pusieron de presente proyecciones pensionales de ambos regímenes pensionales, no se le brindó información respecto a las ventajas o desventajas de permanecer en uno u otro régimen; que de igual forma Porvenir S.A., omitió el suministro de dicha información.

Señala que en el 2017, sufragó la elaboración de una proyección pensional, mediante la cual se estableció el valor de la mesada pensional que podría percibir en ambos regímenes, teniendo en cuenta que su último IBL, ascendía a \$6.713.224, habiendo cotizado para dicha data 1499 semanas, proyección



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANEY RIBÓN CLAVERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

que reveló una diferencia de más de 2 millones de pesos entre la mesada que recibiría en el RAIS y la del RPM, siendo evidente que de haber conocido en el acto de traslado al RAIS, tales consecuencias negativas del traslado, no hubiera adoptado esa determinación, información que tampoco se le ha brindado durante el tiempo de permanencia en el RAIS, pues los extractos enviados por las AFP, no cumplen tal objetivo.

Afirma por último que el 15 de mayo de 2019, solicitó ante Colpensiones reactivar su afiliación, petición que le fue negada; de igual forma ante Protección y Porvenir S.A., solicitó la declaratoria de nulidad de su afiliación. (fls. 128 a 133).

### **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 a 3, 5 a 6, 11, 13, 33 a 36; referentes a la fecha de nacimiento de la actora, la fecha de afiliación de esta al RMP, las semanas cotizadas a dicho régimen previo a su traslado al RAIS y las solicitudes que elevara esta peticionando la nulidad de su traslado. Propuso las excepciones de mérito que inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción y buena fe. (fl. 157).

Por su parte, Protección S.A., de igual forma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los No. 1, 11, 12 y 35, manifestó no constarle los No. 3, 4, 13, 14, 19 a 26, 33, 34 y 36 y negó los demás. Propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del SGSSP, inexistencia de la obligación de devolver gastos de administración. (fl. 206)

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, negó los No. 10, 13, 14 a 18, 21, 28 a 32, 36 y 37 y manifestó no



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANNEY RIBÓN CLAVERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación. (fl. 271).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS el 28 de julio de 1999, por medio de Protección S.A, declarando como única afiliación válida la de la actora al RPM; como consecuencia, ordenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros, sin realizar deducción por concepto de gastos de administración, de igual forma, ordenó a Protección S.A., a realizar el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración durante la afiliación de la actora a dicho fondo, traslado para el cual, les concedió un (1) mes, condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la señora Vianney y a actualizar su historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Protección S.A. (fl. 354)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que el despacho había acogido los planteamientos de la Sala de Casación Laboral en cuanto a la ineficacia de traslado; que el mismo era válido únicamente si estaba precedido del deber de información pertinente a este, esto es, la información suficiente propia de las características de ambos regímenes, las desventajas y desventajas que le puede acarrear al afiliado el traslado de régimen pensional, atendiendo a sus particulares condiciones pensionales, para así tener un consentimiento informado, deber que está en consonancia con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 100 de 1993, que dicho deber de información igualmente se encontraba en el artículo 13 de dicha normatividad y 97 de la Ley 663 de 1993, reiterados entre otras en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, deber de información que está a cargo de la AFP y el que no se cumplía con la elaboración de simples proyecciones pensionales o manifestar únicamente las ventajas del RAIS, ya que dicho deber estaba dirigido a actuar con transparencia y así informar al afiliado las consecuencias, accesos, condiciones de pertenecer a cada uno de los regímenes existentes.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANEY RIBÓN CLAVERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

Indicó que dicho deber de información, se debía suministrar atendiendo a la calidad de las AFP, quienes son las entidades expertas en la materia y recibían una contribución por el servicio que prestaban, de igual forma, las negaciones indefinidas debían ser probadas por la parte contraria conforme lo previsto en el artículo 167 del CGP, aspecto que había reiterado la Sala Laboral de la CSJ, indicando que para los asuntos bajo estudio, la carga de la prueba no podía radicar en cabeza del afiliado; conforme a lo cual, en el trámite procesal, no se había demostrado por Protección S.A., que al momento de su traslado le había proporcionado a la demandante la información pertinente para obtener de ella un consentimiento informado al momento de suscripción del formulario de afiliación el 28 de junio de 1999, conclusión a la que se llega conforme a las pruebas recaudadas en el plenario y si bien el formulario, contenía la anotación de que el traslado allí plasmado se había realizado de forma libre y voluntaria, lo cierto era que tal anotación no da cuenta de que a la demandante se le hubiera suministrado la información en los términos señalados por la jurisprudencia, formularios respecto de los cuales la CSJ había indicado que la suscripción de este no constituía un verdadero consentimiento informado, el que únicamente se lograba con el suministro de toda la información pertinente.

De igual forma en el interrogatorio de parte absuelto por Protección, esta indicaba que el suministro de la información relevante al traslado, se había efectuado de manera verbal, indicando que tales asesorías duraban entre 5 y 10 minutos, igualmente del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, se tiene que si bien esta conocía algunas características del RAIS, ello no constituye indicio de habersele suministrado la información, como lo señala Porvenir S.A., pues si bien esta señala qué información se le dio, esto recae respecto de los aportes voluntarios en el RAIS y de qué pasaría con sus aportes si fallecía, características propias del RAIS y que no son suficientes para concluir que estaba debidamente informada respecto de las características de ambos regímenes.

De igual forma, había quedado probado que la demandante efectuó traslados horizontales entre AFP, ello no ratificaba su afiliación al RAIS y los



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANEY RIBÓN CLAVERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

comunicados de prensa aportados, tampoco suplían el deber de información; por lo que al no demostrarse que se cumplió en debida forma con este deber, el traslado realizado por la demandante, se tornaba ineficaz, lo que imponía su regreso inmediato al RPM, ordenando a Porvenir S.A., realizar el traslado a Colpensiones de los dineros junto con rendimientos y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, depositados en la CAI de la demandante, siendo deber igualmente de Protección efectuar el traslado a favor de la administradora del RPM de lo descontado por concepto de gastos de administración durante la afiliación de la demandante a dicha APF.

### **RECURSOS DE APELACIÓN**

La demandada **Protección**, señaló que no era procedente trasladar los dineros por concepto de gastos de administración, toda vez que conforme a la Ley 100 de 1993, no son un capricho de los fondos privados, descuentos que se encuentran destinados a cubrir costos de administradora y un porcentaje de ellos se envía al seguro previsional, los que han sido descontado de manera legítima.

Por su parte, **Porvenir** recurrió señalando que si bien se utilizaba como fundamento de la decisión una línea jurisprudencial emanada por la CSJ, esto no indicaba que la misma fuera correcta ya que traía consigo una serie de imprecisiones, no compartiéndose la declaratoria de ineficacia, ni las consecuencias que a esta se daba, entre otros aspectos en lo tocante al traslado de los gastos de administración, máxime cuando se logró probar con los formularios de afiliación que no fueron tachados de falsos, el completo suministro de la información a la demandante al momento de su traslado al RAIS, a los que no se podía restar validez, sólo porque la Corte así lo había indicado, debiéndose haberle ordenado a la demandante en los términos del artículo 1746 del CC, igualmente efectuar restitución a favor de esta administradora pensional.

La demandada **Colpensiones** indicó que no se habían probado la existencia de vicio del consentimiento alguno en la decisión de la demandante al



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANNEY RIBÓN CLAVIO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

momento de traslado, siendo claro que había firmado dicho formulario de afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria, lo que se evidenció del interrogatorio de parte realizado a esta, pues con sus propios dichos pretende lograr la ineficacia petitionada; de igual forma no es al fondo a quien le corresponde probar el suministro de la información pues se estaría invirtiendo de forma errónea la carga de la prueba y la CSJ de justicia utilizaba como fundamento para el deber de información, los Decretos 663 de 1993, el que se materializó sólo a través de la ley 1741 de 2014, siendo imposible probar el suministro de dicha información para el año de 1999, pues para dicha data, sólo se exigía el diligenciamiento del formulario de afiliación, no siendo la demandante beneficiaria del régimen de transición ni contaba con expectativa legítima alguna, tampoco se tornaba procedente que la demandante se beneficiara del RPM, pues no ha aportado a dicho fondo, lo que devendría en una descapitalización del fondo común propio de este régimen.

### **CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora VIANNEY RIBÓN CLAVIO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Protección S.A., el 28 de julio de 1999, como se verifica de copia del mismo, visible a folio 85 y 244 del plenario, allegadas por la demandante y la demandada en mención.

En este orden y si bien se petitiona 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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANEY RIBÓN CLAVERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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.

Es así como en casos y contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, **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 Porvenir en su recurso y alegaciones ninguna de ellas da cuenta



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANNEY RIBÓN CLAVERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

respecto que a la señora Vianney Ribón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., AFP a la que se trasladó en primer momento 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.

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.***

*(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*



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANNEY RIBÓN CLAVIJO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

*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)*

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Protección S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Vianney Ribón, desde la fecha de su afiliación a dicha administradora en el año de 1999.

De igual manera, conforme al pronunciamiento antes transcrito y contrario a lo señalado por Porvenir S.A., en su recurso y alegaciones; si bien como lo indica este, el formulario no fue objeto de tacha pues la demandante jamás manifestó que el mismo no fuera suscrito por ella, lo cierto es que la sola suscripción del mismo, no permite concluir que se le hubiera brindado a la señora Vianney, toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de esta y ningún dato relevante a su situación pensional.

Es así como en estos casos, y contrario a lo manifestado por la demandada Colpensiones en su recurso como en alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó tal circunstancia, de igual forma, la parte actora alegó la nulidad del traslado bajo estudio, por omisión en el deber de información por parte de la AFP a la cual se afilió; razón por la cual, este tipo de acción, se reitera, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, 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*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANEY RIBÓN CLAUIJO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*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, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición o no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones para que esta acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

*“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.*

De tal manera y contrario a lo afirmado por esta demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió.

De igual forma, tampoco le asiste razón a la entidad antes mencionada, en su argumento según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado,



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANEY RIBÓN CLAVERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, ayudando a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., y Protección S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de 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 no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario como lo manifiesta Colpensiones en su recurso; de igual forma procede señalar a Porvenir S.A., que conforme los efectos de la ineficacia de traslado de régimen, la demandante no debe incurrir en restitución alguna a favor de los fondos demandados, razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANEY RIBÓN CLAVERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionarán** 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:

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

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

**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**



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 21201800377-01 Dte: VIANEY RIBÓN CLAVIJO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.' with a period at the end.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO  
MAGISTRADO**

EN USO DE PERMISO  
**LORENZO TORRES RUSSY  
MAGISTRADO**



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

**PROCESO ORDINARIO No.** 15-2019-0450-01

**ASUNTO:** CONSULTA

**DEMANDANTE:** AMARILIS QUITIAN DE MONTENEGRO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES – COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio 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**

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 3 de agosto de 2020.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron alegaciones.



## **ANTECEDENTES**

La señora Amarilis Quitian por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se ordene a la demandada a la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación del 90%, y los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como trabajador independiente, para el período comprendido entre el primero de diciembre de 2001 y el 31 de enero de 2007, a partir del primero de enero de 2016, fecha de la que informa, se desafilió del Sistema General de Pensiones; que se condene a la demandada al pago de las diferencias a que haya lugar, junto con la indexación e intereses moratorios que estiman la suma de \$6.738.471, y costas del proceso.

## **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, cotizó al Sistema General de Pensiones más de 1620 semanas, qué en la historia laboral expedida por pensiones se totalizan 1355,14 semanas cotizadas; que regresó al Régimen de Prima Media en el mes de octubre de 2015, que en el reporte de semanas de col pensiones, no aparecen lo cotizado entre el mes de diciembre de 2001 y enero de 2007; que en el reporte de Colfondos S.A., sí figuran las cotizaciones para ese periodo, que la última cotización que realizó como trabajadora independiente fue para el mes de diciembre 2015; que al servicio de la empresa Fishing Q LTDA la última cotización lo fue para el mes de junio 2015; que el día 25 de julio de 2016 demandante solicitud para demandar reconocimiento y pago de la pensión de vejez, prestación que le fue reconocida mediante resolución GNR 292358 del 3 de octubre de 2016, a partir del primero de octubre de igual año, en cuantía inicial de \$748.719; que el 11 de



octubre de 2016 solicitó a la entidad la corrección para que los periodos cotizados como trabajadora independiente fueran reflejados en la historia laboral, que para tales efectos, allegó certificación expedida por el empleador Fishing Q LTDA para que se incluyera la novedad de retiro del mes de junio de 2015, momento en el cual terminó la relación laboral, que el día 28 de marzo de 2017 solicitó a la demandada la reliquidación de la pensión de vejez para que se incluyeran los períodos que figuraban en cero, y el retroactivo pensional; que la entidad negó no pretendido mediante resolución del 4 de mayo de 2017 y resolución del 2 de junio de 2017, que el día 5 de octubre de 2018 radio control pensiones solicitud de revocatoria directa de la resolución SUB 86465 de 2017; que mediante resolución del 17 de junio de 2019 la entidad accede al reconocimiento del retroactivo pensional, con fecha efectiva de la pensión a partir del primero de enero de 2016 en cuantía de la suma ya antes mencionada; que el retroactivo pensional reconocido ascendió a la suma de \$6.738.471.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos negó los enlistados en los minerales 4, 25 y 26, manifestó no constarle el 8 y 9 y admitió los demás. Como excepciones formuló de mérito las que denominó inexistencia de la obligación e inexistencia de intereses moratorios.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento CONDENÓ a Colpensiones a re liquidar la pensión de vejez reconocida, en cuantía inicial de \$1.165.254 a partir del día primero de enero de 2016, ordenando a su vez a pagar debidamente indexadas



las diferencias causadas entre el valor inicialmente reconocido de \$748.719 y el arrojado por el juzgado, en 13 mesadas pensionales, junto con los incrementos anuales con base en el IPC y el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

CONDENÓ a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre el retroactivo pensional de \$6.738.471 liquidados desde el 25 de noviembre de 2016 hasta el 30 de junio de 2019.

Autorizó a la demandada para que descontará del retroactivo los aportes con destino al sistema de Seguridad Social en Salud.

Declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada e impuso a cargo de esta el pago de costas procesales, fijando como agencias en derecho la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2020.

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

“Para resolver se tiene que la demandante regresó al régimen de prima media conservando los beneficios del régimen de transición, que en la historia laboral que obra Folio 13 actualizado al 27 de junio de 2019, se observa que los períodos primero de diciembre de 2001 al 31 de enero de 2007, no le aparecen cotizaciones a la demandante, tal como lo afirma la entidad en las resoluciones, que la entidad mediante resolución del día 17 de junio de 2019, accedió parcialmente a las pretensiones del actora, para lo cual procedió a re liquidar, considerando que su último periodo de cotización no fue el mes de 2015, le cambió la fecha de causación al primero de enero del año 2016, y un retroactivo en la suma de \$6.738.471, aspectos que no son motivo de discusión; que ahora se analizará la procedencia de la contabilización de los períodos que no figuran en la historia laboral de la demandante del primero de diciembre de 2001 al 31 de enero de 2007; que a Folio 22 del proceso obra comunicación de col fondos del 26 de enero de 2017, en el expediente administrativo obra documento del 7 de junio de 2016 con destino a Colpensiones el pago de los aportes, así como en otros entonces que se da cuenta del traslado de recursos en virtud del traslado del actor al régimen de prima media; que obran planillas de pago de la actora de aportes pensionales entre el 2001 al 2007, pagos que se imputan a períodos posteriores, estando afiliada al régimen de ahorro individual por medio de cual Colfondos, tal como obra a Folio 23; que no hay motivo para que, habiéndose cotizado efectivamente a mes vencido como correspondía para los independientes en ese



**Proceso Ordinario Laboral 15 – 2019 – 0450 – 02 DTE: AMARILIS QUITIAN DE MONTENEGRO  
DDO: COLPENSIONES**

momento, igualmente habiéndose trasladado los recursos a Colpensiones por cambio de régimen, para que la demanda no haya contabilizado en legal forma, siendo que aparecen los comprobantes de traslado de recursos de Asofondos, que para el periodo primero de diciembre de 2001 al 31 de enero 2007, procede del despacho a tenerlos en cuenta, para efectos de verificar si procede la reliquidación pensional, si tener en cuenta dichas semanas afecta o no el IBL, al respecto debe tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, no hace parte del régimen de transición y se liquida en un todo con la ley 100, que se procedió a efectuar la respectiva liquidación, encontrando que los últimos 10 años abarcan los períodos, desde el 31 de diciembre de 2015, que tuvo la última cotización, hacia atrás, y desde el mes de septiembre del año 2000, conforme los cálculos de la liquidación que hace parte de la sentencia; que se arrojó como primera mesada la suma de \$1.294.727 que teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90%, para el año 2016 la misa inicial a reconocer asciende a la suma de \$1.165.254, teniendo en cuenta que la mesada que había sido reconocida inicialmente correspondió a \$748.719, con una diferencia de \$416.535, a lo cual se condenará; que como segundo aspecto, se reclama los intereses moratorios respecto del retroactivo pensional, respecto de la solicitud que hizo de la revocatoria directa, que debe tenerse en cuenta lo establecido en los artículos 33 y 141 de la ley 100 de 1993, que el plazo máximo permitido para el reconocimiento de la pensión es de 4 meses, que la última cotización realizada por la demandante lo fue para el año 2015, que de acuerdo al artículo 13 del Acuerdo 049, en el presente caso el retiro del sistema pensional ocurrió el primero de enero de 2016, por lo que no hay razón para que no se le haya reconocido la prestación desde la fecha de la causación y no a corte de nómina, que la demandante tenía más de 1000 semanas, solicitud reconocimiento pensional 25 de julio de 2016, teniendo la entidad hasta el 25 de noviembre de igual año, para reconocer la pensión, desde el primero de enero de 2016 como correspondía, lo cual solo ocurrió con la resolución SUB 156140 del 17 de junio de 2019, en la que le reconoció un retroactivo de \$6.738.471 pagado en la nómina del periodo de julio de 2019, que una vez vencidos los 4 meses que tenía la entidad, el 25 de noviembre del 2016 empieza a generar la Mora en cuanto a este retroactivo que no le reconoció, por lo que se condenara a la demandada al reconocimiento del pago de dichos intereses moratorios, liquidados desde el 25 de noviembre de 2016 y hasta el 30 de junio de 2019; en cuanto a la excepción de prescripción, como lo dice la entidad demandada en la resolución del 2019, teniendo en cuenta la reclamación que hizo la demandante, que suspende los términos prescriptivos, las condenas no se encuentran cobijadas por el fenómeno prescriptivo, y se declara no demostrada esta excepción, también se declararán no probadas las demás; costas a cargo de la parte demandada fijando como agencias en derecho la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.



En el presente asunto, pretende la actora la reliquidación de la prestación pensional que en la actualidad percibe conforme los preceptos del Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiaria del régimen de transición, al haber conservado dicha prebenda posterior al retorno al Régimen de Prima Media, tal como lo avaló la demandada, al momento de reconocer la pensión de vejez mediante la Resolución GNR292358 del 03 de octubre de 2016, a partir del 01 de igual mes y año, teniendo como valor inicial de la mesada la suma de \$748.719.

Ahora, teniendo en cuenta lo anterior y su paso por el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de la AFP Colfondos S.A., solicita la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta los aportes los aportes realizados como trabajadora independiente ante la entidad mencionada, para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2001 y el 31 de enero de 2007, con fecha de causación a partir del 1 de enero de 2016, junto con el valor de las diferencias a que haya lugar, e indexación.

Adicional a ello, se tiene que mediante Resolución SUB156140 del 17 de junio de 2019 la entidad accedió al reconocimiento del retroactivo pensional, teniendo en cuenta, precisamente el 1 de enero de 2016, data desde la cual se le reconoció las mesadas adeudadas para ese año, lo que sumó \$6.738.471, sobre el cual, la demandante solicita el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, puesto que solo hasta el periodo de julio de 2019 le fue reconocido y pagado ese concepto.

Sin perder de vista la decisión que se revisa, el a quo condenó a la demandada al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del día 1 de enero de 2016, no obstante, como ya se indicó, no está de más recordar que Colpensiones con el acto administrativo del 2019 y en cumplimiento de la sentencia de tutela



proferida por el Juzgado 32 Administrativo de Bogotá, procedió a resolver la petición elevada teniendo como resultado, modificar la fecha de causación al 1 de enero de 2016, puesto que la última cotización aconteció en el periodo de diciembre de 2015, por consiguiente, accedió al pago de las mesadas causadas entre enero y septiembre de 2016, aunque persistió en desconocer, la pretendida reliquidación pensional respecto de las cotizaciones que hizo la promotora en calidad de independiente ante el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre el 1 de diciembre de 2001 y el 30 de enero de 2007, y fue por ello, que el retroactivo se formó con mensualidades que ascendían a la suma inicial de reconocimiento, esto es, \$748.719.

Nótese entonces, que la actora el día 11 de octubre de 2016, una vez conoció de la decisión de reconocimiento pensional mediante resolución de ese mismo mes y año, solicitó a Colpensiones la reliquidación los periodos que hoy se discuten, esto es, de diciembre de 2001 a enero de 2007, es decir, tal inconsistencia fue puesta en consideración de la entidad dentro del término administrativo correspondiente, como se da cuenta de ello a folio 29 del plenario, no así, de la respuesta brindada a la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, con fecha 28 de marzo de 2017 la promotora nuevamente solicita ante la demandada la reliquidación en iguales términos, petición denegada mediante Resolución SUB52452 del 04 de mayo de 2017 (fls.35 a 38), de la que se observa, la demandada no analizó ni se refirió a los periodos reclamados en la historia laboral, pretensiones negadas de igual manera en la Resolución SUB 86465 del 2 de junio de 2017.

Y finalmente, solo hasta lo acontecido en el año 2019 con la Resolución SUB 156140 del 17 de junio de 2019 es que se accede al reconocimiento del



retroactivo pensional, persistiendo, se itera, la omisión en la reliquidación con los periodos faltantes, sobre lo cual, la Sala desde ya considera que hay lugar a confirmar la decisión del juzgado de instancia en tal sentido.

Es así que, la decisión que acompaña el Tribunal, aparte del análisis del a quo, surge de la clara omisión de la demandada en hacer alusión al menos, de tales periodos cotizados como independiente por la demandante cuando estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Solidaridad por medio de la AFP Colfondos S.A., pues como se observa de la resolución del año 2019, las motivaciones para negar la reliquidación se basaron únicamente en lo afirmado al hecho que no se generaron nuevos valores a favor de la peticionaria, siendo que lo exigido por la demandante, siempre se fundó en hacer valer las cotizaciones realizadas entre diciembre de 2001 y enero de 2007.

Conforme lo anterior, una vez revisados los cálculos que reposan a folios 83 a 86, considera la Sala que los mismos son acertados, como también lo es, como consecuencia de su computo, el valor de la mesada inicial para el mes de enero de 2016, periodo desde el cual surge una diferencia a favor de la demandante, independientemente el retroactivo reconocido por la entidad, puesto que como ya se indicó, Colpensiones inicialmente liquidó y reconoció la pensión de vejez a la actora sin tener en cuenta los aportes que le habían sido trasladados por parte de Colfondos S.A. como se evidencia de la comunicación de esa AFP de fecha 26 de enero de 2017 visible a folio 22 del plenario, por lo que era jurídicamente viable, que por lo menos, la demandada procediera ajustar la historia laboral de la pensionada e hiciera un nuevo estudio, situaciones que no ocurrieron en el presente caso, y sin justificación se sustrajo a ello.



Por otro lado, frente a la condena de intereses moratorios sobre el retroactivo reconocido, es claro que lo pagado por la entidad se constituyó por el valor de las mesadas causadas entre en el periodo de enero y septiembre de 2016, y que solo fue incluido en nómina en julio de 2019, siendo que para la fecha de reconocimiento pensional del 30 de octubre de 2016, Colpensiones ya contaba con los recursos provenientes del RAIS en relación con la situación pensional de la demandante, comoquiera que el pago de aquellos, se hizo el 7 de marzo de 2016 (fl.22).

Por consiguiente, no había razón para que la demandada haya guardado silencio al respecto, y en tal orden de ideas, su conducta hace aplicable lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en cuanto que hubo mora en el pago de las mesadas pensionales que finalmente término reconociendo, intereses que acertadamente determinó el a quo desde el 25 de noviembre de 2016 y hasta el 30 de junio de 2019, puesto que no debe olvidarse que, la solicitud de reconocimiento pensional se elevó el 25 de julio de 2016, por lo que la encartada contaba con 4 meses conforme lo prevé el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para acceder al reconocimiento, sin embargo, las mesadas pensionales objeto del retroactivo, solo fueron posibles hasta el pago de agosto de 2019, siendo incluidas en nómina de pensionados para el periodo de julio de igual anualidad.

Por último, frente a la prescripción, se observa que el fenómeno extintivo no operó teniendo en cuenta que para el computo de la misma debe tenerse en cuenta la reclamación pensional del 25 de julio de 2016, que provocó la expedición del acto administrativo de reconocimiento del derecho GNR 292358 de 3 de octubre de 2016, y es por lo que, al haberse presentado nuevamente la petición el 05 de octubre de 2018, que redundó con la decisión



de pago del retroactivo, el término trienal de prescripción no operó conforme lo preceptuado en el artículo 488 del CST.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia objeto de consulta.

**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 consultada, 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



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. Serrano Baquero'.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado**

EN USO DE PERMISO

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado**



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

**PROCESO ORDINARIO No.** 15-2018-0553-01

**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA

**DEMANDANTE:** JESÚS ARISTÓBULO HOZMAN RAMIREZ

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de febrero de 2020.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior tanto la parte actora, como la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, presentaron alegaciones.



## **ANTECEDENTES**

El señor Jesús Aristóbulo Hozman Ramírez por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada en virtud de la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., que se declare que, se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida ante COLPENSIONES; y en consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A., a trasladar las sumas de dinero obrantes en la cuenta individual, a Colpensiones, incluidos e intereses; a Colpensiones para que actualice la historia laboral.

## **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 26 de junio de 1956, que empezó a cotizar al sistema de pensiones por medio del ISS desde el año 1982; que, para el 31 de enero de 1996 contaba con 614 semanas cotizadas; que Porvenir S.A., lo persuadió en el mes de febrero de 1996 para que se vinculará a ese régimen pensional, bajo el convencimiento que, era lo más conveniente para él; que se le indujo en error, el Fondo privado no le informó al momento del traslado sobre las implicaciones de éste, ni las desventajas o ventajas, ni le hizo comparativos sobre los beneficios de permanecer afiliado al régimen de prima media; no le informó el capital necesario para alcanzar una pensión de vejez en el régimen privado, que solo hasta el año 2018 a través de un análisis actuarial sobre las implicaciones y perjuicios de su traslado, y que por ello fue que, en junio de ese año solicitó a Porvenir S.A., la anulación de su afiliación, y lo trasladara a Colpensiones, al considerar que



su afiliación al régimen de ahorro individual no era eficaz, y que radicó en igual fecha, la reclamación ante Colpensiones.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 6, y 17 y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento **DECLARÓ INEFICAZ** la afiliación efectuada por el demandante, al régimen de ahorro individual con solidaridad el día 19 de febrero de 1996, con efectividad a partir del 1 de abril de 1996, a través de la AFP PORVENIR S.A.; **ORDENÓ** a ese Fondo el traslado de los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual del actor, a Colpensiones, y a ésta última, para que reactive la afiliación del demandante y sea ajustada la historia laboral; se abstuvo de imponer costas.

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

“Que se encuentra acredita la reclamación administrativa realizada por el demandante ante Colpensiones el 28 de junio de 2018 lo que le da la competencia al juzgado para resolver; que a folio 157 obra el formulario de afiliación y certificación expedida por Porvenir S.A., del 19 de febrero de 1996 y con efectividad como se certifica por ese fondo el 1 de abril del mismo año, el traslado al rais,; expide el 8 de agosto de 2019, fondo al cual se encuentra actualmente afiliado el dte, supuestos que no son motivo de discusión; que por parte de Porvenir a folio 169 se acredita que tiene cotizadas 1435 semanas al sistema de pensiones incluidas las 615 que se acreditan ante colpensiones; desde ya se debe indicar que bajo dos consideraciones que paso a explicar se declarará



**Proceso Ordinario Laboral 15 – 2018 – 553 – 01 DTE: JESUS HOZMAN RAMIREZ DDO:  
COLPENSIONES Y OTROS**

la nulidad de la afiliación o traslado del rpm al rais, la primera, que es la ilegalidad del proceso de afiliación, y segundo, sobre la falta al deber de información; frente a la ilegalidad que conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que frente a esa exigencia conforme lo considerado por la Corte Suprema que el periodo de permanencia que exige el literal para trasladarse entre regímenes se debe contabilizar a partir del año 1994 para el sector privado y para el público el 30 de junio de 1995, luego de permanecer tres años, que en la sentencia con radicado 39772 del 5 de octubre de 2010 para indicar sobre esa que, la afiliación del dte para el año 1996 deviene en ilegal pues no había cumplido el tiempo de permanencia mínima que exige este literal e del artículo 13 ya en vigencia de los dos sistemas y teniendo la opción de escoger entre uno y otro, por lo que se declarará la nulidad de esta afiliación.

Como segundo aspecto, hay una línea jurisprudencial de la Corte contenida entre otras con radicado 31989 y 31314 ambas del 9 de septiembre de 2008, para condensar dos aspectos frente al deber de información, consentimiento informado y otro respecto de la carga de la prueba; que no se logra acreditar que Porvenir haya cumplido con el deber de información, que la única prueba que hay para el momento de la afiliación es el formulario, que la Corte dice que con el simple aparte que aparece al lado de la firma de conocer y saber las consecuencias, no se cumple con el deber de información; que el repr. Legal contestó que los asesores tenían el deber de informar pero que en el proceso no hay prueba de haberse brindado esa información, completa, veraz, oportuna sobre lo favorable, desfavorable; frente a la confesión por parte del dte señaló que no le fueron explicadas las condiciones, simplemente sabía que se le iba a manejar una cuenta de ahorro individual, que sobre el ahorro voluntario de 300 mil pesos, que eso servía para aumentar la pensión, lo que no es suficiente y se debió informar al dte; que conforme el literal b del artículo 13, entonces el 271 las consecuencias de una afiliación que no es libre ni voluntaria, la afiliación quedará sin efecto, es decir que nos habla de la ineficacia, que no obstante que fue pedido como nulidad, se declarará realmente por así preverlo la ley la ineficacia de la afiliación, con efectividad del 1 de abril de 1996; frente a la no aplicación de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema ha dicho que independientemente de la condición de beneficiario del régimen de transición, no es trascendente para determinar si se aplica la línea jurisprudencial, lo importante es acreditar que no se ha cumplido con el deber de información o que haya un consentimiento informado; frente al vicio en el consentimiento la Corte en esa línea aplica una doctrina que viene del derecho médico sobre el consentimiento informado, también se exige que los fondos hayan cumplido con este deber para que la persona con conocimiento de las consecuencias tome libremente su decisión, que dice la Corte que lo que se presenta es un error de hecho, porque si bien se firmó un formulario lo cierto es que no se representaba en esa decisión, y genera un vicio en el consentimiento por error de hecho lo que da lugar a la nulidad o ineficacia, por lo que no se acogen los planteamientos de la demandada. Que sobre la inexistencia del deber de información previo a la expedición de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, que estableció la doble asesoría, sin embargo, desde la misma expedición de la ley 100 se establecía el deber de información. Frente a la prescripción al tratarse de un derecho pensional no es procedente aplicarla en casos de traslados. Sin costas.



## **APELACIÓN**

### **AFP PORVENIR S.A.**

“Solicito al Tribunal se revoque la sentencia en su integridad para en su lugar absolver a mi representada; el juzgado dice que solo hasta el 1 de abril de 1994 nacen dos regímenes pensionales, pero desconoce la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declara la nulidad de la afiliación no es porque se haya realizado un traslado entre el 1 de abril de 1994 y 1 de abril de 1997 sino porque en ese caso el dte si bien tuvo una afiliación en 1985 estuvo inactivo para la estuvo inactivo para fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, activando la afiliación de nuevo en 1996 a colpensiones tratándose de supuestos facticos distintos pues en este caso no se puso que el dte no estuviera activo para la entrada en vigencia de la ley 100 y en atención a ello resulta aplicable el artículo del decreto 692 de 1994, partiendo de la base que lo que trae a colación el despacho hace que sea nula la afiliación es precisamente que al momento de la entrada en vigencia de la ley no había una afiliación activa caso que en este caso no se discute y el dte no logró probar.

En segundo lugar, con relación a la ineficacia de la afiliación se debe reiterar que una cosa es lo señalado en la fijación del litigio es la nulidad y otra es la ineficacia que en todo el proceso se trató como una nulidad y no como ineficacia; que en el marco de la ineficacia debe tenerse que el dte en el interrogatorio si reconoció tener conocimiento de las condiciones y características pensional tan es así que conocía la generación de rendimientos, la cuenta de ahorro individual donde se depositarían los aportes, la posibilidad de crecer la misma con aportes voluntarios para financiar su pensión, características que son del raís, entonces es claro que de acuerdo con el decreto 663 de 1993 la entidad cumplió con las exigencias legales en relación con el deber de información, que el deber de información ha tenido variaciones que hoy se denomina el deber de buen consejo que no es igual al deber de información existente al momento de la afiliación como lo hace ver la parte actora y el despacho, que se logra establecer que se dio la información en relación con las condiciones y características del raís, que el dte teniendo la posibilidad en el año 2006 de retornar al régimen de prima media, suscribió un formato de afiliación a pensiones voluntarias para acrecer los aportes y consecuentemente la mesada pensional, que se brindó información acorde a las exigencias vigentes para la época 1996, que hay que tener en cuenta que la fijación del litigio se fijó como una nulidad y en este caso no se logró acreditar un vicio en el consentimiento, un error de hecho, dolo o fuerza, tampoco se demostraron los hechos generadores del fenómeno jurídico.

## **CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor Jesús Aristóbulo Hozman Ramírez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual



**Proceso Ordinario Laboral 15 – 2018 – 553 – 01 DTE: JESUS HOZMAN RAMIREZ DDO:  
COLPENSIONES Y OTROS**

con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP Porvenir S.A., el 19 de febrero de 1996, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 158 del plenario, así como respecto de los traslados posteriores efectuados dentro de dicho régimen.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, y contario a lo que dice el apoderado de la AFP Porvenir S.A. en el recurso, al considerar la imposibilidad, a su parecer, de realizar el análisis del problema jurídico bajo la figura de la ineficacia, lo cierto es que se alega 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.

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 como en el presente **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.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., ninguna de ellas da cuenta respecto que el señor Jesús Aristóbulo Hozman Ramírez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A a la 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.



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.***

*(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, contrario a lo afirmado por el recurrente, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información al señor Hozman Ramírez, desde la fecha de su afiliación a dicha administradora.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte del demandante probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien invocó se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió, razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, 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, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar



tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

*“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.*

De tal manera y contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente caso que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la 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, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción 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 al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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.

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

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

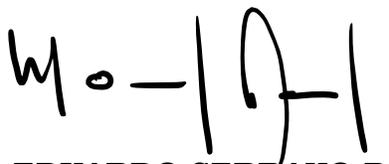
**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

*República de Colombia*



*Tribunal Superior Bogotá*

**Proceso Ordinario Laboral 15 – 2018 – 553 – 01 DTE: JESUS HOZMAN RAMIREZ DDO:  
COLPENSIONES Y OTROS**

**En permiso  
LORENZO TORRES RUSSY  
Magistrado**



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

**PROCESO ORDINARIO No.** 14-2015-0885-01

**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA

**DEMANDANTE:** JOSE LUIS CONSUEGRA DE VEGA

**DEMANDADO:** PRODOMED LTDA en Liquidación y GLORIA ISABEL OROZCO DE ALVEAR, MARIANO ANTONIO ALVEAR SOFAN, JOSE SANTIAGO ALVEAR OROZCO Y MARTIN EDUARDO ALVEAR OROZCO.

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 17 de febrero de 2020.



## **ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior las partes no presentaron alegaciones.

## **ANTECEDENTES**

El señor José Luis Consuegra de Vega por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de octubre de 1998 y hasta la fecha de presentación de la demanda (15 de octubre de 2015), que, como consecuencia de lo anterior, se le condene a los demandada y socios de manera solidaria al pago de los salarios dejados de percibir desde abril del año 2014, que por todo el tiempo que duró la relación laboral los conceptos de primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías, vacaciones, devolución de lo descontado con destino al Fondo de Empleados, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y costas del proceso.

## **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, ha laborado ininterrumpidamente para la sociedad PRODOMED LTDA, desde el 1 de octubre de 1998, en el cargo de gerente producción, devengando como salario la suma de \$8.073.000, que el vínculo laboral no ha terminado, que desde el mes de abril de 2014 no ha recibido el pago de salarios y prestaciones sociales, y que durante la vigencia de la relación laboral no le han pagado cesantías,



intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, ni aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y Salud.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Prodomed LTDA contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 4, 5 y 7, no le constan los el 3, 8, 10, 11 y 14; no aceptó el 2, 9, 12 y 13 relacionados con la continuidad del contrato de trabajo, ya que en insiste que la sociedad dejó de funcionar el 30 de noviembre de 2014, lo debido por primas de servicio para el periodo de 2014, y que para el caso de las vacaciones, se reconocieron ante la Superintendencia de Sociedades lo correspondiente desde el año 2011. Como excepciones formuló de mérito las que denominó cobro de lo no debido y prescripción.

Las personas naturales estuvieron representadas por Curador ad litem, quien contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los contenidos 1, 4, 5, 6, no constarle el 10, 11, 13 y 14 y negó el 2, 6, 8 y 9 relativas a la vigencia de la relación laboral y al pago de salarios y prestaciones sociales al estar liquidada la sociedad. Como excepciones formuló de mérito las que denominó prescripción frente a sus representados, prescripción para reclamar el pago de obligaciones anteriores a enero de 2012 e inexistencia de las obligaciones a favor del demandante y a cargo de prodomed con posterioridad al inicio de la liquidación judicial de la compañía.



## **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y PRODOMED en Liquidación entre el 1 de octubre de 1998 y el 2 de octubre de 2015, condenando a ésta al pago de los siguientes conceptos y sumas:

- Salarios insolutos \$106.329.733, 33
- Cesantías \$ 75.926.143,39
- Intereses a las cesantías \$ 2.660.700
- Primas de servicios \$ 14.846.269,44
- Vacaciones \$ 11.964.478, 47
- Sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo \$ 280.613.483,33

DECLARÓ solidariamente responsables de las condenas impuestas a: JOSÉ SANTIAGO ALVEAR OROZCO y MARTÍN EDUARDO ALVEAR OROZCO, en calidad de socios de PRODOMED LTDA y herederos de GLORIA ISABEL OROZCO ALVEAR y MARIANO ANTONIO ALVEAR SOFAN.

ABSOLVIÓ de las demás pretensiones, y DECLARÓ parcialmente probada la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN frente a los derechos laborales causados con anterioridad al 2 de octubre de 2012, no probadas las demás y CONDENÓ en costas solidariamente y por partes iguales a los demandados.

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

“En primer lugar, el demandante en escrito a folio 282 del 19 de septiembre de 2016 informó al Juzgado sobre la muerte de los socios de PRODOMED Mariano Antonio Alvear Sofan, Gloria Orozco de Alvear y su Hijo Mariano Alberto Alvear Orozco, por tanto, el Despacho con auto de 15 de agosto de 2017 folio 338, convocó a los herederos



**Proceso Ordinario Laboral 14 - 2015 - 0885 - 01 DTE: JOSÉ LUIS CONSUEGRA DE VEGA  
DDO: PRODOMED LTDA Y OTROS**

determinados e indeterminados de Mariano Antonio Alvear Sofan y Gloria Isabel Orozco de Alvear señalando que los determinados eran sus hijos JOSE SANTIAGO y MARTÍN EDUARDO ALVEAR OROZCO, vinculados al proceso inicialmente como dds solidarios, se decretó el emplazamiento de los indeterminados y se les nombró curador ad litem para que ejercieran su representación en el juicio; que no hay discusión que entre las partes se desarrolló un vínculo laboral que inició el 1 de octubre de 1998, así lo aceptó la empresa demandada en la contestación de la demanda, tampoco el último cargo desempeñado por el actor que lo fue de gerente de producción, con una asignación de \$8.073.500 para el año 2014, tampoco existe duda que la empresa entró en liquidación judicial el 2 de octubre de 2015, según da cuenta el auto de apertura de la Superintendencia de Sociedades y que limita a folios 225 a 230, conforme lo anterior y comoquiera que hay discusión sobre el extremo final de la relación laboral, se determinará tal aspecto, de otra parte, deberá establecerse si los demandados adeudan salarios, incrementos legales, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones moratorias de los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T., además, debe verificar si se hicieron descuentos ilegales, finalmente identificar si los socios de la dda son solidariamente responsables de los emolumentos perseguidos en esta acción.

Corresponde establecer hasta qué fecha estuvo vigente el nexo causal que ató a las partes, comoquiera que el actor señaló en la demanda que hasta la fecha de su presentación el 15 de octubre de 2015 el contrato de trabajo no había finalizado mientras que la pasiva sostiene que, éste terminó el 30 de noviembre de 2014, data en la que cerró las puertas de la empresa, lo que imposibilitó la prestación personal de servicios del actor, el despacho considera que no encuentre respaldo fáctico ni jurídico por la demandada respecto al modo de terminación del contrato de trabajo, si se tiene en cuenta que el cierre de las puertas de la empresa o impedir el acceso al trabajador a las instalaciones de la misma, no traduce en que la vigencia del contrato, finiquite por falta de prestación del servicio y consecuentemente por no recibir órdenes ni salario, pues es deber del empleador manifestar al trabajador, su voluntad de terminarlo atendiendo el carácter bilateral del mismo, por manera que, este solo puede ser finalizado unilateralmente por alguna de las partes, ya sea por el trabajador o el empleador o a través de los modos legales que permite el artículo 61 del C.S.T., además, téngase en cuenta que el artículo 140 del C.S.T., dispone que el trabajador tiene derecho a percibir salario aun cuando no haya prestado el servicio por disposición, o culpa del empleador, luego no es dable afirmar que la terminación del contrato se produjo con ocasión a la falta de prestación del servicio del dte, por el cierre de hecho de la empresa y en consecuencia no haber recibido órdenes ni salario, pues tal evento ocurrió por causas ajenas al trabajador, y por el contrario, obedeció a culpa exclusiva del empleador, menos aun cuando éste omitió manifestar de manera expresa su voluntad por escrito o de manera verbal de terminar el vínculo laboral que los unió y por tanto no podría tenerse por finalizado en la fecha que indica la pasiva, por el contrario, lo que se demuestra es que la terminación del contrato ocurrió el 2 de octubre de 2015 según comunicación entregada por el liquidador de la empresa al dte el 23 de octubre de 2015 folio 547, en la que se dice que la finalización se debe en atención a la liquidación judicial de la sociedad demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 50 de la ley 1116 de 2006, es decir, que la finalización del contrato de trabajo es un efecto jurídico que contempla la citada ley cuando se declara una sociedad en proceso de liquidación judicial y que encuentra concordante con el literal e del artículo 61 del C.S.T., que prevé la liquidación de la empresa como un modo legal de terminación del contrato de trabajo, de manera que, el extremo final es el señalado en la comunicación del liquidador de la empresa



**Proceso Ordinario Laboral 14 - 2015 - 0885 - 01 DTE: JOSÉ LUIS CONSUEGRA DE VEGA  
DDO: PRODOMED LTDA Y OTROS**

demandada, esto es, el 2 de octubre de 2015, data en que se dio inicio al proceso judicial de la sociedad demandada conforme da cuenta el auto de apertura de la Super sociedades a folios 225 a 230, así se habrá de declarar; establecidos los extremos del contrato de trabajo corresponde determinar los salarios devengados por el demandante desde el 1 de octubre de 1998 hasta 2 de octubre de 2015, ya que reclama prestaciones causada desde el inicio de la relación laboral, prueba que le correspondía al dte, se tienen las certificaciones laborales que obran a folios 7 a 24, de las que se puede establecer que para el año 2007 devengaba la suma de 7 millones, para el 2008 6.500.000; para el 2011 6.890.000 y para los años 2013 y 2014 8.073.500, sin embargo, de esas documentales no es posible determinar el valor de los restantes años y que corresponde a 1998 a 2006, 2009, 2010, 2012 y 2015, luego, al no encontrarse acreditado el valor de los salarios devengados para cada uno de estos años, en principio se debería establecer como monto para cada uno de estos el smlmv, no obstante, y como quiera que la dda adjunto liquidación de prestaciones sociales, vacaciones y salarios efectuada por el liquidador obrante a folio 198, habrá de tenerse en cuenta los valores establecidos en ella, por concepto de salarios toda vez que los que acreditó el actor coinciden con este; entonces, pasa a analizarse si hay lugar al pago de las prestaciones sociales previo el estudio de la excepción de prescripción, formulada por los convocados responsables solidarios; el curador ad litem formuló la de prescripción, argumentado que el auto admisorio de la demanda de 3 de febrero de 2016 fue notificado el dte el 16 de marzo de 2016 por lo que para interrumpir el término de prescripción con la presentación de la dda, este debió notificar a los dds solidarios a más tardar el 16 de marzo de 2017, es decir, dentro del año siguiente a haberse notificado, el auto admisorio de la dda, como lo dispone el art 94 del C.G.P., y que la notificación de sus representados solo acaeció el 2o de septiembre de 2019, cuando habían transcurrido más de 2 años y medio, por lo que aduce que el término del que trata el art 488 del C.S.T. no se interrumpió respecto de sus representados con la presentación de la demanda sino con la efectiva notificación de estos, fecha para la cual ya se encontraba totalmente prescrita la acción laboral, teniendo en cuenta esto, ciertamente la vinculación de los socios de prodomed al juicio resultaba facultativa en virtud del artículo 36 del C.S.T., pues demandados algunos de los obligados es dable resolver de fondo sin la presencia de los otros, por esto según el art 1571 del Código Civil, el acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios o contra cualquiera de ellos a su arbitrio sin que pueda oponerse el beneficio de la división, en ese orden, conforme el artículo 60 del C.G.P., su actuación debe evaluarse de forma individual en tanto los actos de cada uno de ellos no redundan en provecho ni en perjuicio de los otros, sin embargo, en tal hipótesis en la condición de litisconsortes facultativos, la interrupción civil de la prescripción de la acción no opera individualmente en línea general para cada obligado solidario, sino que la de uno cualquiera beneficia o perjudica a los demás, pues la regla del artículo 60 ya citado, la exceptúa precisamente el precepto que prevé la comunicación del fenómeno de interrupción, esto es, reglada en el artículo 2540 del Código Civil, que si bien la vinculación de los socios de prodomed resultaba facultativa conforme el artículo 36 del C.S.T., lo cierto es que, la interrupción de la prescripción no lo es individualmente y resulta eficaz, si alguno de los demandados la configura con la concurrencia al juicio, pues véase tal como lo prevé el art 2540 la interrupción que obra en perjuicio de uno varios codeudores no perjudica a los otros a no ser que exista solidaridad misma que como se verá más adelante se encuentra acreditada en este juicio, así entonces, comoquiera que el auto admisorio de la dda se notificó a la parte dte por estado del 16 de marzo de 2016 y prodomed ltda se entendió notificada el 19 de agosto de 2016 cuando presentó contestación de demanda, la presentación del libelo inicial



**Proceso Ordinario Laboral 14 - 2015 - 0885 - 01 DTE: JOSÉ LUIS CONSUEGRA DE VEGA  
DDO: PRODOME LTDA Y OTROS**

interrumpió el término de prescripción para todos y cada uno de los demandados, al notificarse a uno de ellos dentro del término de un año conforme lo exige el art 94 del C.G.P., sin que sea relevante la fecha en que concurrieron los demás, en tal sentido, la acción conforme el artículo 151 del C.P.T. no encuentra prescrita, en tanto el contrato finalizó el 2 de octubre de 2015 y la presentación de la dda fue el 3 de febrero de ese mismo año, la cual interrumpió el fenómeno de la prescripción, bajo esos argumentos se declara no probada la excepción de prescripción de la acción, no obstante, también se propuso la prescripción de derechos, se observa que los derechos laborales del actor se hicieron exigibles el 2 de octubre de 2015 fecha en que concluyó el vínculo contractual como se determinó con anterioridad, que como la acción se inició el 15 de octubre d 2015, la prescripción trienal afectó los derechos no reclamados anterioridad a ese día y mes del año 2012, salvo las cesantías, que se hace exigible a la terminación del vínculo laboral; se descinde sobre las pretensiones de orden condenatorio, sobre el pago de salarios se dice que se adeudan los causados desde el mes de abril de 2014 a la fecha de la terminación del contrato 2 de octubre de 2015, no obstante, el dte confesó que la dda solo le adeuda un saldo de \$836.000 correspondientes al mes de abril, el mes de mayo, la segunda quincena de los meses de septiembre y octubre, nov y diciembre de 2014, y el tiempo laborado hasta el año 2015, por su parte, la demandada allegó la nómina de los meses de abril a septiembre de 2014 folios 202 a 224, sin embargo, las relaciones de pago adjunto no son legibles siendo imposible verificar que hubiere cancelado el saldo que alega el dte por los meses de abril y mayo y las dos quincenas de septiembre y octubre, nov y diciembre del año 2014, y de enero a octubre de 2015, por lo que al no haber sido demostrado el pago de estos salarios se condenará en suma de \$106.329.733,33; solicita el actor le sea reconocido incrementos legales sin indicar la razón, sin embargo, la legislación laboral no contempla ninguna disposición que obligue a incrementar los salarios, lo único que fija la ley es el salario mínimo el cual es incrementado anualmente mediante decreto, por tanto, solo es para los trabajadores que devenguen un salario mínimo, que no es del caso, y se absolverá por este concepto; pretende que sea devuelta la suma de \$11.365.591 por descuentos ilegales al no haber sido consignado en el fondo de empleados, de lo cual se absolverá en el entendido que el objetivo de la misma es la acreditación del descuento, lo cual es totalmente ausente en el juicio, por lo que no puede entrar a verificarse si el mismo fue legal o no, conforme lo persigue, absuelve de la misma; cesantías, prestación que la dda si bien se opuso a su reconocimiento, reconoció adeudaba desde la contestación de la demanda como quiera que, dentro de la liquidación efectuada por el liquidador de la empresa se encontraba este concepto el cual liquidó desde la fecha inicial del contrato hasta el 30 de nov de 2014, de lo que no se tiene probado su pago, por lo que se condenará dentro de los extremos declarados desde el 1 de octubre de 1998 al 2 de octubre de 2015 en la suma de \$75.926.143.39, no opera la prescripción, ya que solo opera a la finalización del contrato laboral; intereses a las cesantías, que la demandada confesó no haberlas pagado y que por ello fueron incluidas por el liquidador de la sociedad, por lo que se condenará a partir del 15 de octubre de 2012 hasta el 2 de octubre de 2015, en atención a que operó la prescripción trienal en la suma de \$2.660.700,44; sobre la prima de servicios, que reclama las causadas del 1 de octubre del 98 hasta el 30 de junio de 2005, y del 1 de enero de 2014 al hasta el 2 de octubre de 2015, que la dda en el interrogatorio de parte confesó que adeuda tal concepto en el periodo señalado, dado que se declararon prescritos los derechos prestacionales anteriores al 15 de octubre de 2012 deberá el juzgado condenar por este concepto respecto de las causadas a partir de 1 de enero de 2014 hasta el 2 de octubre de 2015 en \$14.846.269,44; sobre las vacaciones la demandada reconoció que le adeudaba las



**Proceso Ordinario Laboral 14 - 2015 - 0885 - 01 DTE: JOSÉ LUIS CONSUEGRA DE VEGA  
DDO: PRODOME LTDA Y OTROS**

causadas entre el 1 de octubre de 2011 y el 30 de nov de 2014 conforme la prescripción, se condenará por este concepto pero a partir del 15 de octubre de 2012, hasta 2 de octubre de 2015 en la suma de \$11.964.478,47, debe decir el despacho que, la liquidación de estos salarios, prestaciones y vacaciones hace parte de esta sentencia; **en lo que respecta a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, que dado el estado de liquidación por el que atraviesa la parte dda, desde esa fecha 2 de octubre de 2015 cuando se dio apertura al proceso de liquidación judicial por parte de la supe sociedades, por ello, es dable citar la sentencia de la Corte Suprema con radicación 20764 del 10 de octubre de 2003 donde se señaló que no hay lugar a condenar a la sanción moratoria cuando la demandada se encuentra en liquidación obligatoria, pues además que esta no opera de manera automática, la falta de pago de las acreencias laborales en estos casos no obedece a la mala fe de su parte, sino a la imposibilidad de pagar por estar incurso en un proceso liquida torio en la que los créditos se someten a una calificación y graduación sin que le sea dable al liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos de los acreedores, de manera que no hay lugar para condenar a la demandada por este concepto, pues resulta evidente, además de ser un hecho plenamente acreditado que desde el 2 de octubre de 2015, esta se encuentra en proceso de liquidación judicial, que llevó a la terminación de los contratos de trabajo a partir de esa misma fecha, por lo que la falta de pago de acreencias reclamadas no derivan de un actuar de mala fe en la empresa en liquidación, por lo que se absolverá por este concepto;** sobre la sanción moratoria de las cesantías, que al igual que la del artículo 65 del CST por tener su origen en el incumplimiento del empleador frente a ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza sancionatoria y su imposición está condicionada al análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, que la dda en su contestación de demanda no justificó su omisión de pago al no consignar las cesantías anualmente, con antelación al inicio del proceso de liquidación en octubre del año 2015, por lo cual se condenará a la demandada, a cancelar un día de salario por cada día de mora en la no consignación de cesantías correspondientes a los años 2011 a 2014 misma que se debe calcular desde el 15 de octubre de 2012 hasta el 2 de octubre de 2015, afectándose por la prescripción, por lo que se adeuda a título de sanción por no consignación oportuna de cesantías la suma de \$280.613.483,33; finalmente, tan solo en los alegatos de conclusión solicitó que conforme las facultades ultra y extra petita se condene al reconocimiento y pago de la pensión sanción prevista en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, sea lo primero señalar que frente a tal atribución que se limita a conceder derechos salariales, prestacionales o indemnizaciones que no hayan sido solicitadas en la demanda siempre y cuando los hechos que los originaron hayan sido discutidos en el proceso y se encuentren debidamente probados, téngase en cuenta que pensión sanción no es un derecho de los señalados en el artículo hace alusión a salarios, prestaciones e indemnizaciones pero si en gracia de discusión se estudiara tampoco fue un hecho discutido o controvertido en el juicio, la falta de afiliación del actor al Sistema de seguridad social en pensiones que es un presupuesto normativo para estudiar la pensión sanción. No hay lugar a ello. Frente a la solidaridad del art 36 del CST, que son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanan del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí en relación con el objeto social, y solo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa mientras permanezcan en indivisión. De modo que esta figura, hace extensiva las obligaciones surgidas del contrato laboral a las sociedades de personas y sus miembros, atribuyéndoles responsabilidad solidaria para la satisfacción de los créditos sociales insolutos, carga por la que responderán hasta el monto de sus aportes conforme el



**Proceso Ordinario Laboral 14 - 2015 - 0885 - 01 DTE: JOSÉ LUIS CONSUEGRA DE VEGA  
DDO: PRODOMED LTDA Y OTROS**

artículo 353 del Código de Comercio; que los dds no controvirtieron la existencia de la sociedad invocada, por tanto, no existe discusión en torno a su configuración que corresponde al tipo societario de la empleadora Prodomed LTDA, así como la calidad de socios o el límite de su responsabilidad, de manera que al encontrarse probado a folios 231 a 237 con el certificado de cámara la sociedad es limitada, de personas, que el capital social ascendió a la suma de 7.814 millones de pesos y el monto de sus aportes se dividió entre los cinco socios demandados inicialmente, representado en 39.070 cuotas por valor nominal de \$390.700.000 para cada uno de los tres primeros socios referenciados y para los dos últimos 336.002 y 328.128 cuotas con valor de 3360.002.000 y 3.281.880.000 pesos al estar debidamente acreditada la calidad de socios de los accionados de la sociedad limitada con la que se celebró el contrato surge por ministerio de la ley la responsabilidad solidaria del art 36 del CST; costas por la sociedad y los convocados por partes iguales. Frente a las excepciones propuestas se declarará parcialmente probada la de prescripción.

## **APELACIÓN**

### **PARTE DEMANDANTE**

“Me permito presentar apelación parcial en torno a las pretensiones relativas a la sanción por mora establecida en el art 65 del CST, toda vez que, la empresa antes de ser liquidada le debía unas sumas considerables de dinero al demandante por el no pago, por la retención indebida de salarios y prestaciones; también la liquidación de los intereses a las cesantías, que deben ir en correspondencia con el pago de las cesantías adeudadas al demandante, y la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo que es una suma considerable y que los socios solidarios como responsables, además de la empresa en liquidación deben correr con esos pagos que se le adeudan al trabajador demandante, se acepta la prescripción trienal de algunas sumas decididas por el Despacho, en ese sentido dejo planteadas la apelación a la sentencia proferida por el Despacho, para que sea el Tribunal con fundamento en las pretensiones de la demanda corrija los montos y otorgue las pretensiones de la demanda, me reservo el derecho de ampliar esta apelación en la alzada.”

## **CONSIDERACIONES**

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y con lo manifestado en la sustentación del mismo.

Los puntos de inconformidad a saber, en síntesis, corresponden a: la decisión de absolver a la demandada del pago de la indemnización moratoria



del artículo 65 del C.S.T., y para que se revise el valor de los intereses a las cesantías.

En primer lugar, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que, la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato de trabajo prevista en el artículo 65 del CST, está sujeta al estudio del actuar del empleador moroso, así lo señaló esa Corporación en sentencia SL 3858 de 2020, por lo que, el Tribunal analizará si la conducta omisiva de la demandada en el cumplimiento de la obligación referida, estuvo revestida de mala fe, esto es, que si de manera caprichosa se quiso sustraer de su pago en su calidad de empleador, en aras de determinar la procedencia de la indemnización petitionada.

Sobre el actuar de mala fe del empleador, ha señalado igualmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, sólo es procedente condenar a la indemnización moratoria cuando se acrediten dos elementos: la falta de pago, en este caso, de salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato de trabajo, y tal omisión persista tras su mala fe o reticencia en pagar esas obligaciones laborales al ex trabajador, criterio que fue reiterado en sentencia SL 2805 de 2020, M.P. Jorge Luis Quiroz.

En el presente caso, quedó suficientemente acreditado que, desde el mes de abril del año 2014, la demandada PRODIMED LTDA en Liquidación dejó de pagar al trabajador el salario y prestaciones sociales, situación que persistía, según la demanda, al momento de la radicación de la misma; a su vez, en la contestación de la acción se dijo por parte de la convocada que, la empresa “*cerró sus puertas*” desde el día 30 de noviembre de 2014.



**Proceso Ordinario Laboral 14 - 2015 - 0885 - 01 DTE: JOSÉ LUIS CONSUEGRA DE VEGA  
DDO: PRODOME LTDA Y OTROS**

Con todo, la juez de instancia determinó que, el contrato de trabajo había estado vigente, y así se declaró, hasta el día 2 de octubre de 2015, fecha que corresponde para el momento en que se profirió el auto de apertura del proceso de liquidación judicial (fls.585 a 590) por parte de la Superintendencia de Sociedades, sin que tal determinación fue objeto de recurso por las partes.

También quedó acreditado que, la demandada a la finalización del contrato de trabajo, no pagó al trabajador salarios y prestaciones que se adeudaban desde el mes de abril de 2014, puesto que si bien, a folio 198 del expediente obra liquidación final del contrato de trabajo, lo cierto que el proceso adolece de medio de convicción que permita establecer que la convocada cumplió con su obligación prestacional, y más, si para realizar tales cálculos fijo los extremos temporales de la relación de trabajo en la manera que consideró, esto es, entre el 1 de octubre de 1998 y el 30 de noviembre de 2014, conducta del ex empleador que deviene en un acto de mala fe, comoquiera que si tenía presente el momento de finalización del vínculo laboral, lo correcto era que procediera al reconocimiento y pago, por lo menos, de esa liquidación a folio 198 del plenario, lo cual no ocurrió, y hace procedente el reconocimiento de dicha sanción tal como lo pide el recurrente.

Sin embargo, la suscrita en casos como en el presente, venía sosteniendo que la demandada en caso de demostrarse su actuar de mala fe, debía cancelar la indemnización bajo estudio hasta la fecha en que efectuara el pago de lo adeudado al trabajador, criterio que fue recogido, para en su lugar señalar que tal sanción, en caso de estar demostrado el actuar de mala fe del empleador, deben estudiarse conforme el hecho notorio de que la demandada fue objeto de liquidación judicial por parte de la



Superintendencia de Sociedades conforme el auto proferido por esa entidad el día 2 de octubre de 2015 (fls.585 a 590) resaltando sobre el particular que la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones No. 24107 y 45523, señaló que la limitación a la libre movilidad de recursos de empresas intervenidas constituía una justificación para aplazar los pagos insolutos.

Así las cosas, no habiendo sido objeto de reparo que la relación laboral que unió al actor con la demandada, culminó el 2 de octubre de 2015, fecha que coincide con la apertura de la liquidación judicial, data hasta la cual estaría obligada la demandada, es por lo que, se confirmará la decisión del a quo en tal sentido, ante la imposibilidad de reconocer a la finalización de la relación laboral lo adeudado al trabajador como consecuencia de la liquidación, que en gracia de discusión, en el numeral *vigésimo* del auto de la Superintendencia de Sociedades, se advirtió que, conforme el numeral 5° del artículo 50 de la Ley 1116 2006 la declaración de apertura de ese proceso producía la terminación de los contratos de trabajo.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el segundo aspecto del recurso elevado por el apoderado del demandante, esto es, para que se revise el valor de los intereses a las cesantías, considera el Tribunal que, conforme los cálculos que obran a folio 827, la misma no adolece de error, en tanto que, sobre tal prestación, fue declarada parcialmente la excepción de prescripción a partir del 15 de octubre de 2012 hasta el 2 de octubre de 2015.

De allí que, emerja la notoria diferencia respecto del valor de las cesantías que se fijaron en la suma de \$75.926.143,39, precisamente porque, el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de las cesantías opera a partir de la



finalización del contrato, por tanto, también se confirmará la decisión en tal sentido.

**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



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.' with a stylized flourish.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado**

**En permiso**  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado**



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

**PROCESO ORDINARIO No.** 12-2018-0575-01

**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA

**DEMANDANTE:** JAIRO ALFREDO VALENCIA TORRES

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO

**MAGISTRADA PONENTE:**

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de junio 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 3 de marzo de 2020.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior tanto como Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y la parte actora, presentaron alegaciones.



## **ANTECEDENTES**

El señor Jairo Alfredo Valencia Torres por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE nulo e ineficiente el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad por medio de la AFP Porvenir S.A.; que, como consecuencia de lo anterior, ésta traslade a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses. Que se ordene Colpensiones a recibir tales conceptos, y se condene al pago de los intereses moratorio de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y costas del proceso.

## **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 2 de septiembre de 1959; que entre el mes de febrero de 1985 y junio de 1998 acumuló 582 semanas cotizadas ante el ISS, que se afilió al régimen de ahorro individual el 9 de julio de 1998 por medio de la AFP Porvenir S.A, momento para el cual no se le previno de las consecuencias jurídicas frente a su derecho pensional; que la funcionaria de ese Fondo le manifestó que su mesada pensional estaría alrededor de 14 millones de pesos, en todo caso, con un valor más alto al que le podía generar en el régimen de prima media; que la funcionaria desconocía los beneficios de estar afiliado al ISS, pero le informó que podía pensionarse a cualquier edad, que para el año 2017 acudió a Porvenir S.A. para recibir asesoría sobre su situación pensional, recibiendo información al cabo de un mes indicándosele que el monto de pensión estaría entre tres y cuatro millones al cumplimiento de la edad de 62 años; que la entidad manifestó que no lo habían orientado correctamente, por lo que, para el 12 de diciembre de 2017



solicitó ante ese Fondo la anulación de la afiliación, solicitando así mismo ante Colpensiones la reactivación de su afiliación sin solución de continuidad; que se le generó un vicio en el consentimiento por error. Que el 18 de igual mes y año Porvenir S.A. contestó indicándole al actor que la afiliación era correcta y que si había irregularidades que acudiera ante la autoridad competente. Que Colpensiones emite respuesta indicando que no era procedente anular el traslado ya que lo había hecho bajo libre elección; que estando afiliado en el régimen de prima media su pensión oscilaría entre 10 y 12 millones de pesos.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 y 18, no constarle los demás; Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y buena fe.

Por su parte Porvenir S.A., contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto el hecho aceptó los enlistados en los numerales 1, 5, 11 a 14 y 16; y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.



## **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, DECLARÓ probada la excepción de falta de causal de ineficacia y/o nulidad de la afiliación, no condenó en costas.

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

“Lo primero es que, frente a la aplicación del literal b del artículo de la ley 100 de 1993 en lo relativo a libre escogencia la Sala Laboral de la Corte sin perjuicio de la línea que ha trazado sobre la ineficacia del mismo, dice que si la afiliación no estuvo acompañada de una información clara y transparente sobre las consecuencias jurídicas del traslado que represente graves perjuicios que podían haber sido advertidos por la administradora de pensiones, como puede ser la pérdida del régimen de transición o cualquier otro tipo de beneficios se debe declarar la ineficacia del traslado, sobre la base del precepto jurisprudencial desde la sentencia SL12136 de 2014 en la cual la manifestación libre y voluntaria de las personas conocen sobre la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, entonces les corresponden acreditar que documentaron suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena de declarar ineficaz ese tránsito; estos deberes de información han trascendido sobre la base de una línea temporal del artículo 97 del decreto 663 de 1993, ley 1328 de 2009 y la ley 1748 de 2014 en lo que tiene que ver con la doble asesoría; que también la Corte ha precisado en la sentencia SL1452 de 2019 sobre la explicación de que corresponde a los jueces evaluar el cumplimiento del deber de información y que el simple consentimiento en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar este, y que se requiere un consentimiento informado, que la carga de la prueba le corresponde al fondo de pensiones, y que la falta a este derecho puede darse incluso si la persona tiene un derecho consolidado; que la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos sino que depende que la falta hubiese producido un perjuicio claro y cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado; que el salvamento de voto la sentencia SL1452 del 2019 precisó que existen otros eventos en los que las presuntas falencias en la información no producen un efecto cierto, que el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema y puede verse beneficiado o perjudicado, que en este caso los afiliados no pueden demandar la ineficacia del traslado simplemente porque no resultó acorde con sus aspiraciones pensionales; que se debe revisar cada caso; no puede establecerse que toda decisión de traslado se adoptó de manera inconsciente y maquinal desconociendo las consecuencias; que el dte tiene un nivel de ingresos que superaba los dos salarios mínimos, hasta llegar a los 16 millones que no concuerdan con los que se están esbozando en los hechos de la demanda; del interrogatorio de parte, se evidencia que no hubo una simple asesoría, que hubo dos momentos en los cuales se dieron asesorías de manera individual y una grupal que se dio para ejecutivos de dirección, lo que tuvo como consecuencia que la asesoría fuera calificado, que los



**Proceso Ordinario Laboral 12 – 2018 – 575 – 01 DTE: JAIRO ALFREDO VALENCIA TORRES  
DDO: COLPENSIONES Y OTROS**

testigos Clemente Bustos Pérez Edgar Restrepo Dagoberto Cabrera manifestaron que a pesar de la información de Porvenir no hubo afiliaciones a este sino que se mantuvieron en el ISS, además, que con posterioridad a Danarango este último testigo dijo que tuvo la posibilidad de retornar al ISS, de la historia laboral también se observa que el dte tuvo cambios de empleadores, como por ejemplo en el año 2001, que tuvo varias oportunidades para el cambio de régimen de traslado y que sin embargo la premisa jurídica es que como traslado de régimen operó el del año 98 como obra en el formulario de vinculación a folio 83, sin embargo, opera no solo un traslado sino 4 cambios de fondo que fueron validos en ese momento pero que fueron retornables desde el punto de vista de Porvenir, que el dte manifestó tener información del comportamiento de los fondos y que había escogido la modalidad del ahorro para los efectos de su previsión pensional eso es una circunstancia sobre la cual la ley en ningún momento restringió a los ciudadanos para planear libremente la modalidad de pensión que más le convenga, que la afiliación que opero en el 99 con SANTANDER, y en el 2006 con ING retornando a porvenir en el 2009, por lo menos en tres ocasiones pudo ratificar el acto inexistente ya que poseía la información para planear de manera libre; no puede existir inexistencia de información al existir ratificación de acto sobre la base de las formalidades en el artículo 898 del Código de Comercio; con respecto a la nulidad de acuerdo con los testimonios e interrogatorio no hubo eventos de error, fuerza o dolo que permitiese establecer la rescisión del acto de vinculación, las pretensiones no estarían llamadas a prosperar y absolverá de las suplicas a Porvenir y Colpensiones.

## **APELACIÓN**

### **PARTE ACTORA**

“Interpongo recurso de apelación ya que claramente quedó demostrado tanto en el interrogatorio como en los documentos y testimonios, que hubo un asalto a la buena fe del dte, ya que tanto en la asesoría inicial que fue solo la venta de un producto mas no la asesoría profesional, que en ningún momento le indicaron la posición para poder tomar una decisión tan importante para poder tener acceso a una posible en el futuro; segundo, que el juez dice basados en los ingresos no son supuestamente los que infundaron o quedan plasmados en los aportes que se hicieron, hechos que no fueron controvertidos, que al momento que le indicaron que se pensionaba con 14 millones de pesos, en ningún momento esto fue controvertido, ni fue objeto de discusión, es decir que, si fue engañado ya que hoy en día le hacen una proyección de 3 millones de pensión; además, que el actor se haya afiliado a varios fondos dentro del mismo régimen, eso es totalmente irrelevante puesto que el traslado fue uno solo que el del año 1998, no simplemente las vinculaciones que se hicieron dentro del mismo régimen que no son relevantes al caso, que incluso al haber regresado a Porvenir debió ser el momento en que le debieron haber brindado la información correcta y no seguir con vendedores sino con profesionales del derecho que pudieran claramente expresado los riesgos y condiciones que le exigía pertenecer a un régimen como el de ahorro individual y perjudicado por haber tenido ingresos tan elevados que tenía, es imposible que se le condene a alguien porque recibe un ingreso alto lo que no tiene justificado en que se soporte un fallo judicial en que como el señor ganaba tanto que entonces es imposible que no le hayan dicho el por qué no debía permanecer en un régimen, y



menos por el argumento del juez basado en el argumento de la sentencia SL1452 del 2019 en la que la Corte protege a los ciudadanos que han sido víctimas del engaño y de la falta de información propuesta por los fondos para un lucro propio de unos asesores comerciales.

### **CONSIDERACIONES**

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora, en los términos del recurso interpuesto.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor JAIRO ALFREDO VALENCIA TORRES, se circunscribe a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP Porvenir S.A., el 9 de julio de 1998, visible a folio 20 del plenario.

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 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 definatorios 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, **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.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de la afiliación y 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 la demandada Porvenir S.A. con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el señor Valencia Torres 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 **NO** coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber de 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, además, en contraste con el recurso de apelación, del que se considera le asiste razón al apelante, mal podría partirse de supuestos y apreciaciones sin fundamento para concluir, que por el hecho que el actor gozaba de ingresos por encima de dos salarios mínimos o simplemente, en sumas considerables, por esa sola circunstancia deba inferirse que, conocía de las implicaciones del discutido traslado de régimen, puesto que de admitirse tal posibilidad, el criterio para definir si hay lugar o no al traslado de régimen, en casos que se alegue su ineficacia, simplemente bastaría revisar la cuantía de los salarios, lo cual resulta desajustado y contraviene la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Continuando con el discurso argumentativo, 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.*



*(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, 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)*

Por todo lo anterior, se impone **REVOCAR** la decisión proferida por el Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara el demandante a través de formulario de afiliación suscrito con la AFP Porvenir S.A. el 9 de julio de 1998, ordenando a esta demandada, efectuar el traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal afiliación, junto con sus rendimientos y gastos de administración a órdenes de la demandada COLPENSIONES, ya que así ha sido dispuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (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, por lo que, con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

**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: REVOCAR** en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que el demandante efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 9 de julio de 1998, a la AFP PORVENIR S.A., conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada AFP PORVENIR S.A, a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado el demandante JAIRO ALFREDO VALENCIA TORRES, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración.

**TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado del señor JAIRO ALFREDO VALENCIA TORRES al régimen de prima media con prestación definida.

**CUARTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**QUINTO: 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

**En permiso**  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
Magistrado