



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

PROCESO ORDINARIO No.31-2018-112-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: YECIT NORBERTO HERNANDEZ

**DEMANDADO: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS SA INDEGA SA,
ESCORT SECURITY SERVICES LTDA Y SOLIDARIAMENTE CONTRA EDILSA
NAYIBE LUENGAS GUTIERREZ, MAURICIO ALARCON HERNANDEZ Y
SENON MORA ASTROS**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de octubre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este alegaciones por la parte demandada INDEGA.

ANTECEDENTES

El señor **YECIT NORBERTO HERNANDEZ** por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare que entre las partes



existió una relación laboral comprendida entre el 1 de junio de 2016 y el 2 de julio de 2017, la cual terminó en forma unilateral e injustificada, que no se cancelaron prestaciones, vacaciones intereses a las cesantías. En consecuencia, solicita el pago de los mismos; así como la indemnización por despido, sanción moratoria, aportes, extra y ultra petita. (fls 3 al 11).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que mediante contrato de trabajo escrito de fecha 1 de junio de 2016 el demandante empezó a prestar servicios en la empresa **ESCORT SECURITY SERVICES LTDA** y los socios de la misma, que el servicio fue contratado y cumplido en **INDEGA**, que cumplía horario y recibía ordenes de jefes de **INDEGA**, que no le depositaron las cesantías a 31 de diciembre de 2016, ni salarios a partir del 15 de junio de 2017, hasta la terminación del contrato, lo que justificaron diciendo que habían tenido un embargo y que **INDEGA**, no les había cancelado, que le hicieron firmar la renuncia con la promesa del pago, lo cual es un despido indirecto. (fls 3 al 11)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **INDEGA** contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y que en ningún momento se pidió solidaridad con esta sociedad, afirmando además que nunca existió contrato con el demandante. En cuanto a los hechos manifestó en su mayoría que no le constaban porque eran hechos ajenos a la empresa. Otros fueron negados bajo el argumento de no ser el demandante no haber sido en ningún momento trabajador de **INDEGA**. Propuso las excepciones de prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y buena fe, carencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, existencia de pruebas ciertas que desvirtúan la presunción del artículo 24 del CST. (fls 51 a 76).

Los demandados **ESCORT SECURITY SERVICES LTDA Y SOLIDARIAMENTE CONTRA EDILSA NAYIBE LUENGAS GUTIERREZ, MAURICIO ALARCON HERNANDEZ Y SENON MORA ASTROS**, fueron representados por **CURADOR AD LITEM**, quien contestó la demanda tal y como consta en el expediente digital, oponiéndose a las pretensiones, ya que afirmó carecen de fundamentos facticos y



legales. En cuanto a los hechos manifestó desconocerlos y atenerse a lo probado. Propuso como excepciones las que denominó genérica, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió en audiencia de juzgamiento de fecha 29 de octubre de 2020 lo siguiente : **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre Yesid Norberto Hernández, en calidad de trabajador y Escort Security Services Ltda, en calidad de empleador, por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2016 al 2 de julio de 2017. En consecuencia **CONDENAR** a la demandada Escort Security Services Ltda y solidariamente a Edilsa Nayibe Luengas Gutiérrez, Mauricio Alarcón Hernández, Zenon Mora Astros, estos tres responsabilidad limitada al monto de sus aportes, a reconocer y pagar al demandante la suma de: \$1.460.476 por concepto de cesantías, \$95.903 por concepto de intereses a las cesantías, \$7.451 por concepto de prima de servicios, \$31.271.131, **por concepto de sanción moratoria, por el periodo comprendido entre el 3 de julio de 2017 al 2 de julio de 2019, y los intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, a partir del 3 de julio de 2019, hasta que se efectúe el pago total de la obligación.** Al pago de \$728.231 por concepto de salarios, \$47.112 por concepto de auxilio de transporte, \$5.911.506 por concepto de sanción por no consignación de cesantías, \$699.673 por concepto de vacaciones, \$1.357.806 por concepto de indemnización por despido sin justa causa. **ABSOLVER** de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante a las demandadas Indega S.A y a la llamada en garantía Seguros del Estado y **CONDENAR** al pago de costas y agencias en derecho, en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente, cada una de ellas a las demandadas Escort Security Services Ltda, Edilsa Nayibe Luengas Gutiérrez, Mauricio Alarcón Hernández y Zenon Mora.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando, en síntesis: “...*En el caso que nos ocupa, lo primero que tendríamos que entrar a determinar es cual fue el vínculo jurídico que unió a las partes, esto es, quien fungió como empleador, el artículo 22 del código sustantivo del trabajo define lo que debe entenderse por*



contrato de trabajo, el artículo 23 consagra los elementos esenciales, siendo estos servicio personal, subordinación, dependencia y salario; el artículo 24 del código sustantivo del trabajo consagra una presunción, en virtud de la cual se presume que toda relación laboral se encuentra regida por un contrato de trabajo. Al revisar la prueba documental adiada al plenario, encontramos a folio 12 una liquidación de prestaciones sociales, liquidación definitiva de prestaciones sociales en donde funge como empleado Hernández Yecit Norberto y tiene logo de escort security services ltda, con fecha de ingreso 1 de junio de 2016, fecha de terminación 2 de julio de 2017. A folio 13, aparece una certificación firmada por gena vanessa mora p, directora de talento humano y seguridad de escort security services, en donde se indica: certificación laboral, apellidos y nombres, Hernández Yecit Norberto, cargo desempeñado guarda de seguridad, asignado a femsa coca cola, fecha de ingreso 1 de junio de 2016, fecha de retiro 2 de julio de 2017, motivo de retiro voluntario. Al revisar el interrogatorio absuelto por el demandante dice: que quien lo contrató fue la empresa escot security services, quien le indicó el lugar de prestación de servicios fue escort, que prestó sus servicios en indega por orden de escort security services, que quien le dio la capacitación fue escort security services, que quien le entregó la dotación fue escort security services, que quien lo afilió a la seguridad social y le pagaba la seguridad social, era escort security services, que las instrucciones para desarrollar el trabajo se las dio escort security services. Igualmente indica que jamás desarrolló actividades relacionadas con la producción de gaseosa, todo esto frente al interrogatorio que le formuló la apoderada de indega. Comparecen como testigos Fabio Salamanca, Rafael Cárdenas, James Prieto, todos estos testigos son enfáticos al señalar que trabajaron juntos con el demandante en el puesto de coca cola, que era para Escort Security Services. Igualmente describen las funciones del demandante, dice que quien lo contrató fue Escort Security Services, que quien le pagaba los salarios Escort Security Services, que quien le entregó la dotación fue Escort Security Services, por lo que es claro, entonces de lo confesado por el demandante del dicho por los testigos y de la documental allegada al expediente, folio 12 y 13, que quien realmente fungió como empleador fue Escort Security Services, por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2016 hasta el 2 de julio de 2017. **Por lo que deberá proceder este estrado judicial a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el 1 de junio de 2016 hasta el 2 de julio de 2017, como no existe documento alguno que acredite que el contrato de trabajo fue a término fijo, deberá esta operadora judicial declarar que dicha contratación lo fue a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2016 hasta el 2 de julio de 2017.** Tendríamos que entrar a determinar cuál fue la causal o motivo de la terminación del contrato de trabajo, la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, en providencia del 28 de julio de 1977, siendo magistrado ponente el doctor Juan Hernández Sáenz, señaló: ha sido jurisprudencia constante de esta sala y del extinto tribunal supremo del trabajo, que el despido del trabajador no se presume cuando fenece el vínculo laboral, sino que debe demostrarse por este para que entonces el patrono quede en el trance de acreditar la justa causa para ya terminar el contrato, con el fin de no verse expuesto a indemnizar al antiguo asalariado por haber roto ilegalmente el aludido contrato, o sea que sin la prueba del despido, quedará el trabajador nada le corresponde discutir al patrono sobre la forma como cesó la relación laboral, ni hay lugar a deducirle responsabilidad alguna por este motivo. Al revisar la documental obrante al plenario, folios 12 y 13, se indica que el motivo del retiro es voluntario, sin embargo, al revisar el dicho de los testigos, estos son claros al indicar, Fabio Salamanca, dejó de prestar los servicios porque le hicieron firmar una hoja en donde iban a desembolsar el salario, no la redactó el, la empresa la firmó. En sentido similar, deponen los testigos Rafael Cárdenas y James Prieto. Sumado a lo anterior,



en los alegatos de conclusión, que rinde el apoderado de confianza de la demandada Escort security Services. no niega la circunstancia de que se haya presentado una terminación unilateral del contrato por culpa imputable al empleador, tampoco niega que se le adeuden al trabajador los salarios y las prestaciones sociales e indemnizaciones pedidas. Lo que aduce el señor apoderado que tiene el poder de confesar es que como existe una póliza de cumplimiento, quien debe pagar es la llamada en garantía, por lo que es claro para esta operadora judicial en el caso que nos ocupa, **que la parte demandante cumplió con su carga, esto es, probó que fue el empleador, el que indujo al trabajador a que firmara el escrito cuyo texto no aparece en el plenario, se reitera, de retiro voluntario.** Por lo que deberá tenerse entonces el contrato de trabajo terminó por causa imputable al empleador. Como consecuencia de esta terminación del contrato de trabajo imputable al empleador, se aplica la indemnización tarifada, consagrada en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, tratándose de contratos de trabajo a término indefinido, la indemnización se tasa en atención al tiempo de duración del contrato y al salario devengado por el trabajador. A folio 12 del plenario, aparece que la remuneración del demandante era la suma de \$1.258.115 más \$83.140 de subsidio de transporte, por lo que el demandante devengaba menos de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y su contrato de trabajo tuvo un término de duración de 13 meses, 2 días, por lo que el valor de la indemnización tarifada correspondería a 31.7 días, esto es, \$1.357.806, comoquiera que para quienes devengan menos de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes la indemnización tarifada es de 30 días por el primer año más 20 días por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción. Alega la parte demandante que no se le cancelaron cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones durante todo el tiempo de prestación del servicio. **No existe prueba alguna de que dicho pago se haya realizado, por el contrario, en los alegatos de conclusión, como ya se indicó del apoderado de Escort Security Services, el no aduce que se haya pagado solo dice que se le cobre a la compañía aseguradora llamada en garantía,** por lo que en el caso que nos ocupa, la parte demandada Escort Security Services Ltda deberá reconocer y pagar al demandante por concepto de cesantías del año 2016 \$782.398, del año 2017 %678.078, para un monto total por concepto de cesantías de \$1.460.476; por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$54.767 del año 2016 y \$41.136.78 del año 2017, para un monto de \$95.903. En el caso que nos ocupa, nada se dice del pago de la prima de servicios y al revisar la liquidación que aporta la misma parte demandante, el único monto que aparentemente está insoluto por concepto de prima de servicios es la suma de \$7.452, por lo que la parte demandada deberá ser condenada al pago de \$7452 correspondiente a la prima de servicios de los últimos 2 días laborados. Se está solicitando igualmente que se condene al pago de los salarios del 16 de junio al 2 de julio, 16 de junio de 2017 al 2 de julio del 2017, no existe prueba alguna de que dicho pago se haya realizado, por lo que la demandada deberá reconocer y pagar al demandante la suma de \$728.231 por concepto de salarios insolutos. Se indica el auxilio de transporte de los últimos 16 días laborados, no existe prueba alguna de dicho pago, por lo que la parte demandada deberá reconocer y pagar al demandante la suma de \$47.112, por concepto de auxilio de transporte. Se alega que no se le pagaron vacaciones ni disfrutó de las mismas, al no existir prueba de dicho pago, la parte demandada deberá reconocer y pagar al demandante la suma de \$699.673, por concepto de vacaciones. Se está solicitando igualmente el pago de la sanción consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de cesantías, en el caso que nos ocupa no se acredita consignación de cesantías, pero es importante anotar que esta sanción comienza a correr al día siguiente de que debió efectuarse



el pago de las cesantías y hasta el momento de terminación del contrato de trabajo, esto es, iría a partir del 15 de febrero de 2017 hasta el 2 de julio de 2017. Comoquiera que dicha sanción no puede correr de manera paralela con otra sanción. Así las cosas, la parte demandada adeuda al demandante por concepto de sanción por no consignación de las cesantías por 138 días porque estas sanciones son días calendario, la suma de \$5.911.506. Se está solicitando igualmente que se condene al pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo, y aquí es importante anotar que la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, en reiterada jurisprudencia como la sentencia 45523 del 26 de noviembre de 2014, ha explicado hasta la saciedad, la interpretación que debe dársele al artículo 29 de la ley 797 de 2002. En la sentencia del 26 de noviembre de 2014, siendo magistrado ponente el doctor Jorge mauricio burgos Ruiz, se explica que esta sanción moratoria solamente procede durante los primeros 24 meses para los trabajadores que devenguen más de 1 salario mínimo legal mensual vigente, siempre y cuando la demanda haya sido presentada dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, y a partir del día 1 del mes 25 lo que procede es el pago de los intereses moratorios. Ahora bien, si la demanda no se presenta dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, no habrá lugar al pago de la sanción moratoria en día de salario por cada día de demora en el pago, sino el pago de los intereses moratorios a la tasa más alta vigente. Me permito leer apartes de la sentencia citada, la 45523 en donde se indica: En ese orden, a falta de la presentación de la demanda a tiempo, no procede el pago de la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por los primeros 24 meses siguientes a la terminación del contrato, conforme lo tiene definido esta sala desde la sentencia corte suprema de justicia del 6 de mayo de 2010, No. 36577, a saber: Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los 24 meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la superintendencia financiera. De tal suerte que la presentación oportuna, entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por 24 meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo y a partir de la iniciación del mes 25, contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador. Es claro entonces en el caso que nos ocupa, comoquiera que conforme a documental adiada al expediente, esto es, el acta de reparto, la demanda fue presentada el día 9 de noviembre de 2017, primera presentación, y la segunda 13 de marzo de 2018, esto es, antes de que transcurrieran los 24 meses, a partir de la terminación del contrato de trabajo que fue el 2 de julio de 2017, por lo que la demandada deberá reconocer y pagar al demandante la suma de \$31.271.131, correspondiente a la sanción moratoria ya referida equivalente a \$42.837 diarios, del 3 de julio de 2017 al 2 de julio de 2019, y a partir del día 3 de julio de 2019, los intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre la suma de dinero adeudadas por concepto de cesantías, interés a las cesantías, prima de servicios, salarios y vacaciones, no sobre las sanciones, porque la norma expresamente indica que sobre lo adeudado por concepto de salarios, prestaciones sociales no indemnizaciones. Se está solicitando igualmente que se condene al pago de las diferencias existentes entre lo aportado a la seguridad social y lo devengado por el trabajador, sin embargo, la parte demandante no adujo prueba alguna en este



sentido, por lo que deberá absolverse a la parte demandada de esta pretensión. Tendríamos que entrar a determinar cuál es la responsabilidad que le compete a la codemandada industria nacional de gaseosas s.a., indega s.a. El artículo 34 del código sustantivo de trabajo, subrogado por el decreto ley 2351 de 1965, artículo 3 indica: *contratistas independientes. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.* Al revisar la documental adiada al expediente, se puede advertir que se aporta a folio 83 un contrato de prestación de servicios suscrito entre indega y escort security services, y al revisar la cláusula 1 que tiene que ver con el objeto de dicho contrato, el objeto de dicho contrato es la prestación de servicios de seguridad, contrato que comenzó a regir el día 1 de junio de 2016, y que tendría inicialmente una vigencia hasta el año 2019; a folio 100, aparece una terminación anticipada de dicho contrato, terminación que se hizo en el año 2017; a folio 21 aparece el certificado de existencia y representación legal de indega; a folio 26 el certificado de existencia y representación legal de escort security services; certificado que también es aportado en principio o en aplicación del principio de lealtad procesal, por el apoderado de la parte demandada, ya apoderado de confianza, escort security services, y al revisar el objeto social de indega y compararlo con el objeto social de escort security services, se puede advertir claramente que el objeto del contrato adiado a folio 83, contrato de prestación de servicios entre indega y escort security services corresponde a labores extrañas o a labores ajenas a las normales de la empresa o negocio, porque dentro del certificado de existencia y representación legal de indega, en ningún lugar aparece que la empresa sea constituida para la prestación de servicios de vigilancia, su objeto social es amplísimo y faculta a indega a realizar un sinnúmero de actividades no solamente de la actividad de elaboración de gaseosas y demás, sino una cantidad de actividades comerciales y mercantiles no está la prestación de servicios de seguridad, por lo que no podríamos aplicar la solidaridad consagrada en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo, subrogado por el decreto ley 2351 de 1965, artículo 3, por lo que deberá absolverse a la demandada industria nacional de gaseosas indega s.a. de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante. Tendríamos que revisar ahora la responsabilidad que le atañe a llamada en garantía seguros del estado s.a., dentro del plenario se aporta copia de la póliza contratada entre indega y seguros del estado, póliza que fue allegada con el fin de que se realizara el llamamiento en garantía, lo primero que debe indicarse es que el tomador de dicha póliza es escort security services ltda, y el asegurado o beneficiario es la industria nacional de gaseosas s.a., lo que de plano nos lleva a concluir que solamente procedería el pago de las sumas de dinero correspondiente a los amparos contratados en el evento de que el asegurado fuera condenado, esto es, en el evento en que industria nacional de gaseosas s.a. fuera condenada. Al revisar el clausulado de la póliza, se bien es cierto hay un amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de naturaleza laboral, punto 1.5 del anexo, allí se indica: *este amparo cubre al asegurado por el incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral a cargo del tomador garantizado con sus trabajadores relacionados con el*



personal vinculado mediante contrato de trabajo para participar en la ejecución del contrato garantizado, y sobre los cuales sea solidariamente responsable el asegurado, esto es, es requisito sine qua non la solidaridad del asegurado, y como ya se explicó en este caso, no existe solidaridad de indega, porque no se cumplen los presupuestos del artículo 34 del código sustantivo de trabajo. Por lo que deberá también absolverse a la llamada indega. Se está, igualmente, solicitando la condena solidaria de Dirsa Nayibe luengas Gutiérrez, zenon Moraistros, mauricio Alarcón Hernández, el artículo 36 del código sustantivo de trabajo dispone: responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión. La corte suprema de justicia, sala de casación laboral, en sentencia de noviembre 26 de 1992, radicación 5386, siendo magistrado ponente el doctor Hugo Suescun Pujols, señaló: solidaridad de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada. Resulta forzoso concluir que si al expedirse las normas que dieron origen al código sustantivo de trabajo se contempló la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales entre las sociedades de personas y sus miembros, comprendiéndose en su momento dentro de estas sociedades de personas a las sociedades de responsabilidad limitada, la sola circunstancia de que mercantilmente su régimen supletorio ya no sea el de las sociedades colectivas y no el de las anónimas, no significa que se haya eliminado a la protección que la ley laboral otorgó al trabajador, por lo que es claro entonces que en el caso que nos ocupa, que estamos en presencia de una sociedad de responsabilidad limitada, esto es, escort security services ltda, y al revisar el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad, los socios son: Alarcón Hernández mauricio, mora astro zenon, luengas Gutiérrez Edilsa nayibe, cada uno de ellos con participación societaria igual. Por lo que en el caso que nos ocupa, deberá condenarse solidariamente a los codemandados representados por curador, mauricio Alarcón Hernández, zenon mora astros, Edilsa nayibe luengas Gutiérrez, quienes fueron notificados en debida forma cuya publicación en el registro nacional de emplazados puede verificarse dentro del expediente, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 29 del código procesal del trabajo y la seguridad social, y a los decretos especiales expedidos con ocasión del estado de emergencia. Por lo que se reitera, mauricio Alarcón Hernández, zenon mora astros, Edilsa nayibe luengas Gutiérrez, deberán ser condenados solidariamente junto con la demandada escort security services ltda, reconocer y pagar al demandante Yesid Norberto Hernández la suma de \$1.460.476 por concepto de cesantías, \$95.903 intereses a las cesantías, \$7461 por concepto de prima de servicios, \$31.271.131 por concepto de sanción moratoria y los intereses moratorios a la tasa más alta vigente, a partir del 3 de julio de 2019 hasta que se efectúe el pago de la obligación sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios, prestaciones sociales y vacaciones. A pagar la suma de \$728.231 por concepto de salarios, \$47.112 por concepto de auxilio de transporte, \$5.911.506 por concepto de la sanción por no consignación de cesantías, \$699.673 por concepto de vacaciones, \$1.357.806 por concepto de indemnización por despido sin justa causa. Sobre las costas y agencias en derecho, la parte que resulte vencida debe ser condenada al pago de costas y agencias en derecho, en este caso, los vencidos son los demandados, escort security services ltda, edilsa nayibe luengas Gutiérrez, mauricio Alarcón Hernández, zenon mora astros, quienes deberán ser condenados al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente cada uno de ellos...”



Inconforme con esta decisión el apoderado de ESCORT SECURITY SERVICES LTDA, quien compareció al proceso desplazando al curador, interpuso recurso de apelación manifestando lo siguiente: *“Si su señoría, estoy inconforme con el fallo, ya que dentro de los testimonios recibidos por el aquí demandante y sus testigos, ellos manifiestan haber recibido los pagos dentro del momento en que se llevó a cabo la labor en Indega, en ningún momento ellos aceptaron que el pago se haya retrasado, que solo se retrasó en el momento en que Indega suspendió el contrato con Escort Security Services, que todos los pagos hechos por Escort Security Services fueron en el momento oportuno, que fueron vacaciones, cesantías y demás emolumentos por su labor realizada. Muchas gracias.”*

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, a pesar del escaso argumento en contra de los argumentos de la Juez y solo porque de la afirmación hecha en el recurso, puede rescatar que ataca las condenas de prestaciones, vacaciones y en consecuencia sanciones moratorias, asegurando que existe prueba testimonial, que da fe del cumplimiento y no retraso en el pago de las mismas.

No obstante, es el mismo recurrente, apoderado de ESCORT SECURITY SERVICES LTDA, quien seguido a afirmar que nunca se retrasó en los pagos mientras duró el contrato con INDEGA; expresa que si lo hizo; cuando este se terminó, sin percatarse además que al afirmarse en la demanda que no se hicieron pagos le correspondía probar que si los hizo, lo que no hizo entre otras razones, quizás, porque tomó el proceso solamente en las audiencias finales, pero además incluso como afirmó en sus alegatos de conclusión, porque insistió en que eso debía hacerlo la aseguradora, sin dar razón alguna para la omisión, por lo que no es valido que ahora en el recurso pretenda, alegar que si pagó con afirmaciones carentes de fundamento, cuando se itera el apoderado; como lo indicó la Juez. en los alegatos de conclusión, **nunca negó** que se le adeudaran al trabajador los salarios y las prestaciones sociales e indemnizaciones pedidas, pues lo único que señaló es que como existía una póliza de cumplimiento, quien debía pagar era la llamada en garantía.

No sobra agregar, que nada tiene que ver el momento en que dejó de pagar y si ello fue antes o después de que INDEGA suspendiera o no el contrato; pues si con eso



se quiso justificar la conducta como una forma de exoneración; se itera, -es lo que infiere la Sala del escaso argumento del recurso-; esta afirmación no es suficiente para lograr el objetivo planteado, ya que como se dijo carece de sustento; y además porque de conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales y respecto de la indemnización moratoria, -se insiste rescatando del argumento que esta condena también se quiso atacar-; consagrada en el artículo 65 del C.S.T y de igual manera la prevista en el art 99 de la ley 50 de 1990 que: i) Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer; ii) en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago; iii) puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y; iv) **en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.**

En el presente asunto ninguna prueba existe de esta buena fe, salvo las afirmaciones **en el recurso** que nuevamente afirma la Sala resultan carentes de respaldo.

Por lo expuesto se CONFIRMA la sentencia en todas y cada una de sus partes.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2017-0424-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: PEDRO WILLIAM CELY CASTRO

DEMANDADOS: INDEPENDENCE DRILLING S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 31 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte demandante.



ANTECEDENTES

El señor Pedro Cely Castro por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que el despido llevado a cabo el día 12 de enero de 2017 es ineficaz y sin justa causa; como consecuencia de lo anterior, solicita se disponga el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor categoría, o uno que esté acorde con su estado de salud y sin solución de continuidad; que se condene a la demandada al pago de salarios dejados de percibir, con los respectivos aumentos legales y convencionales desde la fecha del despido y hasta cuando se produzca el reintegro definitivo; así mismo, solicita el pago de los conceptos laborales de: cesantías, primas de servicios y de navidad y vacaciones; que se condene al pago de perjuicios en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, causados como consecuencia del despido sin justa causa, perjuicios morales, vida en relación, “bienes constitucionales y morales”, de la indemnización equivalente a 180 días conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la jurisprudencia constitucional, dotaciones, que se ordene la práctica de dictamen pericial a fin de determinar la pérdida de la capacidad laboral del actor, o que sea remitido a las juntas de calificación.

Solicita que la condena de perjuicios lo sea a partir del 23 de julio de 2015, ya que, al requerir la asistencia médica, manifiesta que no recibió atención debido a la mora en el pago (no se señala sobre cuál concepto) por parte de la convocada, indexación, intereses legales, corrientes y de mora, respecto de las condenas, y costas del proceso.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, ingresó a laborar a favor de la demanda por medio de un contrato de trabajo a partir del día 22 de diciembre de 2010, que al interior de la empresa se desarrollan actividades peligrosas, de alto riesgo para la salud, que para el momento del inicio de la relación laboral la empresa realizó los exámenes médicos al actor encontrándose completamente sano. Que durante la vigencia del contrato laboral ha desempeñado los cargos de ayudante de tanque bomba, encuellador, armador y cuñero; que las labores las ha desempeñado de manera personal, en cumplimiento de las instrucciones del empleador y horarios asignados; que no le era entregada la dotación completa y/o elementos de protección situación que afirma, repercutió en el deterioro de su estado de salud. Que el 23 de julio de 2015 fue trasladado desde el lugar de trabajo hasta Acacias de urgencia a la EPS SALUDCOOP, en donde le negaron el servicio debido a que la demandada “se encontraba en mora entre 60 a 120 días”, lo que conllevó a asistir al día siguiente a otra entidad de salud; que el día 25 de julio el estado de salud se agravó provocando “un infarto”, siendo necesario su reanimación que tuvo que sufragar en cuantía de \$650.000, y que posteriormente solicitó un préstamo por valor de \$7.000.000 para sufragar la atención recibida en la clínica Martha de la ciudad de Villavicencio, que le fueron practicados exámenes médicos que arrojaron como resultado afectaciones en el corazón en un “porcentaje bastante diciente”, sin mencionar algún grado de pérdida o calificación. Que para ese momento también fue informado de otras perturbaciones médicas como: túnel del carpió, pérdida de audición, hernia



umbilical, deterioro lesión permanente en la pierna derecha, fisura del disco C4 de la columna vertebral y fractura rodilla izquierda.

Que ha estado en constantes exámenes médicos y valoraciones orientadas a su recuperación; que junto con la demanda fue allegada certificación de la ARL en donde refiere que el actor debe seguir con los tratamientos médicos; que la relación laboral estuvo vigente hasta el día 12 de enero de 2017 cuando la demandada decidió terminar de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo, que por ello, fue que interpuso una acción de tutela contra el empleador, de la cual conoció el Juzgado Penal del Circuito de Acacias Meta, autoridad que profirió sentencia el 23 de marzo de 2017 amparando de manera transitoria los derechos del actor, para que en el término de 48 horas se reintegrara al trabajador en el mismo cargo o reubicado, de lo que manifiesta, fue cumplido por la demandada, en el cargo de cuñero, a partir del 20 de abril de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 37 a 40 relacionados con la acción de tutela que le concedió el reintegro transitorio; manifestó no constarle los numerales 7, 10, 12, 16, 18, 19, 21, 22, 24, 26 a 34 y negó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, necesidad de probar el nexo causal entre el despido y el estado de salud de la demandante, subrogación de riesgos en cabeza de las entidades del sistema de seguridad social, las peticiones de reintegro y de indemnización del artículo



26 de la Ley 361 de 1997 son contradictorias, buena fe, prescripción y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones de la demanda.

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

CONDENÓ al pago de costas a cargo de la parte demandante, teniendo como agencias en derecho la suma de 1 smlmv.

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

“En lo que tiene que ver con el primer problema jurídico sobre la estabilidad laboral reforzada, señala que el contrato de trabajo finalizó de manera unilateral por parte de la convocada el 12 de enero de 2017, siendo el despido el objeto del proceso, que se alega la ineficacia de la terminación del contrato conforme el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que la discapacidad debe entenderse como la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo que dependiendo del grado de la afectación es posible que el trabajador que la padezca pueda ser reubicado para continuar prestando el servicio, o hasta que se certifique la estructuración de la invalidez; en el caso se debe determinar si el demandante tenía alguna discapacidad que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares al momento de la terminación unilateral, y establecer si el despido se dio en razón a esa limitación física; que a folio 33 a 35 obra historia clínica del demandante del 1 de agosto de 2015 motivo de consulta dolor en el pecho, a folios 36 a 38 dictamen para determinación de origen del accidente expedido por cafesalud del 15 de junio de 2016 en el cual que las patologías que padecía el actor son de origen laboral y están relacionadas con el accidente laboral del 2 de julio de 2013, folios 39 a 167 historia clínica del actor e incapacidades en las que se sugiere reubicación laboral, sin contradicciones para la realización de actividades laborales; que en este caso el actor pretende demostrar la existencia de su incapacidad para ejercer sus funciones a partir de la ocurrencia de dos hechos: el primero, del accidente laboral del 2 de julio de 2013, del anterior, que si bien fue un accidente de trabajo, lo cierto es que, ello ocurrió en el desarrollo del tercer contrato suscrito por las partes, sin que haya prueba que indique



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2017 – 0424 – 01 DTE: PEDRO WILLIAM CELY CASTRO DDO:
INDEPENDENCE DRILLING S.A.**

que las secuelas de lesiones hayan limitado el desempeño laboral del demandante, y que la empresa lo siguió contratando, prueba de ello son los 5 contratos siguientes por obra o labor; segundo hecho, el infarto que tuvo el actor en julio de 2015 argumentando que debido a dicho evento su estado de salud se ha deteriorado, que el juez constitucional consideró procedente la acción de tutela teniendo en cuenta que en la historia clínica se indica una recomendación de reubicación, pero el despacho considera que dicha recomendación perdió su efecto teniendo en cuenta el certificado de incapacidad de 1 de agosto de agosto a folio 59, y lego en consulta de diciembre del mismo año, se señaló sin contraindicaciones para realizar actividades laborales, la recomendación es que no hay ninguna recomendación para seguir laborando, por lo que es evidente la mejoría en el estado de salud del actor, aunado a ello que si bien en la historia clínica se indica que la empresa tenía conocimiento de la recomendación de reubicación, lo cierto es que no hay prueba de dicho conocimiento, no hay acta de reubicación, por lo que pierde fuerza jurídica el reintegro solicitado. Que no se encuentra acreditada ni una sola incapacidad médica en vigencia de la relación laboral a pesar de presentar patologías clínicas, lo que evidencia que, si en algún momento el actor estuvo afectado en su salud, esa situación no se agravó a tal punto que le impidiera desempeñar su labor y por ende requiriera de esas incapacidades, que solo obra historia clínica hasta el año 2015, que las consultas medicas se reanudaron con gran periodicidad con posterioridad al despido, que no existe historia del demandante ya que no acudía ni a la eps ni a la arl para manejar las secuelas de su accidente laboral y enfermedad general, por lo que no existen recomendaciones médicas cercanas a la fecha del despido; que con la reforma de la demanda se allegó historia clínica actualizada en la que se evidencia deterioro en el estado de salud del actor que ha generado incapacidades con ocasión a un accidente laboral en mayo de 2017, con posterioridad a la fecha del despido que hoy se estudia; que no hay estabilidad laboral reforzada porque el demandante en interrogatorio no supo explicar las incapacidades que le fueron dadas, que siempre laboró después del infarto en actividades de cuñero y de auxiliar de tanque bomba, lo que permite concluir que laboró de manera continua sin restricciones desde junio desde 2015 hasta enero 12 de 2017; que la señora Mary Luz carrillo y el señor José Adolfo, que sin bien fueron tachados por sospechosos la cual no prospera ya que no se encuentran alejados de lo manifestado en el interrogatorio de parte, que la testigo solo se concentró en los hechos en la atención del dengue e infarto para el año 2015, considera que el testimonio no es relevante; del testimonio del señor José Adolfo si bien no prospera la tacha de sospecha tampoco de su dicho se puede establecer la estabilidad laboral reforzada del actor, porque el testigo llegó a trabajar con el demandante en la misma cuadrilla en junio de 2016 cuando el episodio del infarto había sido en junio de 2015, manifestó que se enteró que se el actor se encontraba reubicado porque así se lo hizo saber la misma empresa, y porque el demandante también lo sabía, que sabía que el demandante tenía hernia discal lo que no se encuentra soportado en la historia clínica, ya que esta fue detectada solo entre febrero y marzo de 2017 mas no para el 2016; que solicita que se estudie como una secuela del accidente del 2013, de lo que no hay soporte probatorio en la historia clínica, no se observa que se haya acudido a la eps o a la arl, que no se entiende como el testigo refiere que el actor tenía restricciones por hernia discal que para aquel momento no había sido detectada, también que el testigo refiere el incidente del infarto no hizo alusión a ello al preguntársele sobre los padecimientos del actor, que lo que se resalta de este testimonio es que el demandante jamás estuvo limitado en la prestación del servicio, que siempre prestó el servicio de manera continua, que si bien se intentó señalar que el cambio de cuñero a auxiliar de tanque bomba era por recomendaciones médicas, lo cierto es que en la historia médica no se evidencia que haya



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2017 – 0424 – 01 DTE: PEDRO WILLIAM CELY CASTRO DDO:
INDEPENDENCE DRILLING S.A.**

recomendaciones médicas porque el 2 de diciembre de 2016 se dejaron sin efecto esas recomendaciones, y también porque del cargo de cuñero y de auxiliar de tanque bomba no existe diferencia en la prestación del servicio, lo que deja sin sustento probatorio lo manifestado por el demandante, ya que en los dos cargos se requiere de fuerza física, en los dos cargos se requiere manejo de alturas, se prestan bajo los mismos turnos y se requiere alzamiento de objetos pesados, entonces no se evidencia que se haya mermado la prestación del servicio en el cargo de auxiliar tanque bomba, al no existir esa merma de funciones, lo que se evidencia fue que siguió trabajando sin afectación en su servicio durante el año 2016; que si bien se encuentran acreditadas las patologías del actor como el infarto del 2015, la diabetes, estas no tienen la fuerza probatoria para demostrar que se encontraba discapacitado para el 12 de enero de 2017, o que se encontrara impedido para desempeñar sus funciones en debida forma máxime cuando en los dos cargos se requería de las mismas capacidades, y que el demandante refirió que empezó a prestar sus servicios como auxiliar tanque bomba por sus conocimientos frente al tema;

el demandante no tiene derecho a la garantía de la ley 361 de 1997 al no acreditar una limitación que impidiera desarrollar su capacidad de trabajo y que tal impedimento tuviera conexión con la terminación del contrato de trabajo, no demostró un estado de discapacidad y que producto de este se haya originado el despido, por lo que no hay lugar a las indemnizaciones, salarios, prestaciones sociales, generados hasta la fecha del reintegro; frente a las dotaciones, no hay claridad en la demanda en especificar los periodos solicita las dotaciones, que solo procede en vigencia del contrato de trabajo, solo es válido reclamar únicamente la indemnización por el daño causado ante el incumplimiento de las obligaciones legales del empleador; sobre el trámite de calificación laboral, conforme lo establecido en la ley 019 de 2012 sobre la calificación del estado de invalidez, no se demandó a las entidades competentes de realizar este trámite; daños materiales, morales, vida en relación, salud, bienes constitucionales a partir del 23 de julio de 2015 debido a la urgencia que no se atendió por encontrarse en mora la demandada en el pago de seguridad social en salud, porque según el demandante ello le generó un infarto, de lo que se tiene como pruebas a folio 30 correo electrónico del 23 de julio de 2015 de pablo muñoz Hena supervisor de la empresa en la que indica que para ese momento el demandante fue sacado de operaciones, a folio 32 declaración de retiro voluntario del demandante de las instalaciones de urgencias de saludcoop aclarando que se debió a que la eps no atendió la solicitud de traslado ya que la empresa se encontraba en mora misiva que no tiene fecha; documento denominado consulta de casos especiales en la que se indica que el demandante para el 24 de julio de 2015 se encontraba suspendido en salud, se presentaba inconsistencia de 5 días de aportes, preliminar de servicios prestados del 25 de julio de 2017 por la suma de 550.764 pesos, recibos de caja de la clínica Martha de julio de 2015, a folios 328 a 376 certificados de aportes de seguridad social, que al revisar la historia clínica se encuentra que el demandante recibió atención médica pese a que se presentaron inconsistencias en el pago de las cotizaciones a salud las cuales fueron subsanadas por la demandada en su momento según la historia de pago de aportes a seguridad social, no se evidencia que el infarto fue debido a la tardanza de atención médica, ya que de la historia clínica se evidencia que existía síntomas de dengue que puede generar afectaciones cardiovasculares sin que se acreditara que el padecimiento fue por culpa del empleador, que la interrupción del servicio de salud se dio por la solicitud de salida voluntaria del actor, luego la parte actora tenía la carga de probar los perjuicios ocasionados teniendo en cuenta que existió la prestación del servicio y que de haberse negado el mismo la responsabilidad recaía en la entidad prestadora del servicio, ya que el mismo debe ser garantizado pese



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2017 – 0424 – 01 DTE: PEDRO WILLIAM CELY CASTRO DDO:
INDEPENDENCE DRILLING S.A.**

a la existencia de mora en el pago de las cotizaciones, que si bien le tocó cancelar un dinero del interrogatorio al demandante y el testimonio de la señora Mary luz se tiene que la empresa devolvió un dinero a favor del demandante, sobre los 7 millones de pesos que dice también canceló no se encuentra soporte probatorio de ello; excepciones se encuentra probada la de inexistencia de la causa y de la obligación. Costas a cargo del demandante, teniendo como agencias en derecho la suma de 1 smlmv.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Me permito interponer recurso de apelación; que si bien es cierto el demandante refiere que al momento de la terminación no se encontraba incapacitado, si lo era que se encontraba recibiendo tratamiento médico por su problema cardiaco, que se encontraba reubicado, diferente que la empresa transfigure la reubicación diciendo que reubica un trabajador y lo pone en un cargo de igual desempeño de labores eso ya es diferente, pero el señor se encontraba reubicado tal cual como lo dijo el testigo y como lo manifestó el mismo demandante, para esa época el manifestó que se encontraba recibiendo tratamiento médico, hechos en los cuales encontró fundamento también el mismo juzgado de Acacias, el juzgado que amparó sus derechos mediante el fallo de tutela de segunda instancia a la estabilidad laboral reforzada, por haber encontrado que el señor se encontraba en estabilidad y vulnerabilidad para la época de su despido, también lo era que el señor se encontraba gozando de esta estabilidad laboral reforzada, tal como consta en el expediente de la prueba que se aportó, por tal razón en estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación haciendo uso de los tres días que me da la ley para allegar una adición del recurso. Muchas gracias.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte 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, y que obedecen a: los efectos de la Ley 361 de 1997, por lo cual solicita se revoque la decisión, al indicar que para el momento de la terminación del vínculo contractual el actor se encontraba recibiendo tratamiento médico, por lo que era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada.



En lo pertinente al recurso que se ciñe a la aplicación de los efectos de la Ley 361 de 1997, la recurrente insiste en que, por el hecho de encontrarse el actor en tratamientos médicos para el momento de la desvinculación, al punto que acepta que en igual oportunidad no se encontraba con incapacidad médica, no puede pasarse por alto, que tampoco acreditado, que las patologías padecidas por el demandante impidieran en el normal desarrollo de su trabajo o labores a favor de la demandada, tan es así que, al revisar el acervo probatorio en conjunto no se demostró grandes diferencias en la exigencia física entre el cargo de cuñero y de auxiliar de tanque bomba, cargos que ocupó el demandante y de los que se predica una reubicación, por ende, en este punto es pertinente recordar en su tenor literal lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, norma de la que si bien no se invoca su protección en las pretensiones, hace parte del recurso:

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

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

Valga aclarar que, para la aplicación de la dicha disposición el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción laboral, ha sentado las reglas a tener en cuenta por los operadores judiciales en casos como el que hoy ocupa la atención de esta Tribunal, entre otras, en la sentencia SL572-2021 de fecha



24 de febrero de 2021, con radicado 86728, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, en síntesis que, la estabilidad laboral reforzada procede para los trabajadores que padecen limitaciones en grado severo o profundo independiente del origen que tengan, y de un reconocimiento e identificación previas; que el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo *ibídem*, no es aplicable a cualquier deterioro y/o afectación en la salud, o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, puesto que es necesario que se acredite la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior a 15%.

Con todo, considera la Sala que se presenta absoluta orfandad probatoria respecto del supuesto de hecho que persigue el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, comoquiera que, por un lado, no se acredita grado alguno de severidad de limitación física, psíquica o sensorial, lo que hace inexistente la posibilidad de garantizar una eventual estabilidad laboral reforzada para el momento de la fecha de finalización del contrato de trabajo aludido, toda vez que, es claro que no demuestra su discapacidad en alguno de los grados avalados por el criterio jurisprudencial antes referido.

Sin que hayan hecho parte del recurso otros aspectos, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

República de Colombia



*Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral*

EXPD. No. 1100131050025 2017 00156 01

Ord. PEDRO PABLO VERGARA LÓPEZ Vs COLPENSIONES

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 25 2017 00156 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: PEDRO PABLO VERGARA

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

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

MAGISTRADA PONENTE

DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., 30 de julio dos mil veintiuno (2021), fecha señalada por auto anterior para llevar a cabo la 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 el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha ocho (8) de julio de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Veinticinco laboral del Circuito de Bogotá D.C.



ANTECEDENTES

El señor PEDRO PABLO VERGARA LOPEZ, por intermedio de apoderado judicial, solicita se ordene a la demandada a que reconozca y pague la pensión de vejez, a partir del 15 de agosto de 2014, por lo que solicita se condene a la demandada al pago de las mesadas correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2014, junto con los intereses moratorios, la indexación de la condena y las costas del proceso. (fl.-3)

Fundamenta sus pretensiones afirmando que nació el 15 de agosto de 1954, que efectuó cotizaciones al ISS desde el 16 de abril de 1974 hasta el 31 de agosto de 2014; que mediante resolución No. 392927 del 11 de noviembre de 2014, la demandada le reconoció una pensión de vejez a partir del 1 de noviembre de 2014, en cuantía de \$3.684.025y con una tasa de reemplazo equivalente al 90%.

Que contra la anterior resolución interpuso los recursos de ley al o reconocer las mesadas correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2014, esto es, desde que su ex empleador realizó la última cotización.

Finalmente indica que la demandada dio contestación a la anterior petición de manera desfavorable. (fl.- 2-3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda a través de apoderada judicial, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos manifestó ser ciertos la totalidad de ellos. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica (fl.- 52 - 55)



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió, en sentencia del 8 de julio de 2020, resolvió:

1. *Condenar a la demandada Colpensiones a pagar a favor del señor pedro pablo Vergara la pensión de vejez desde el 1 de septiembre de 2014, fecha de la ultima cotización, por tanto el retroactivo pensional asciende a la suma de \$7.368.050, que deberá ser pagada de forma indexada. Igualmente, deberá cancelar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, liquidados a partir del 1 de septiembre de 2014 y hasta el 1 de noviembre de 2014, que deberán ser liquidados al momento de su pago, que se liquidan a la fecha de hoy ascienden a la suma de \$185.000, por las razones expuestas;*
2. *Condenar en costas a la parte demandada Colpensiones a pagar la suma de \$1.000.000 por lo motivado;*
3. *De no ser apelada la presente decisión, envíese al honorable tribunal de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.*

Como fundamento de su decisión, señalando:

“Tratándose del agotamiento de la reclamación administrativa de que trata el artículo 6 del código de procedimiento laboral y seguridad social, esta carga procesal viene perfectamente cumplida por la parte demandante, si nos atenemos precisamente a los folios 15 a 17 del expediente, con lo cual se entiende superado este estadio procesal y se adquiere competencia para definir de fondo lo aquí pretendido. Se dirá en primera instancia que está debidamente probada dentro del proceso la calidad de pensionado del demandante si nos atenemos a la documental radicada a folios 11 a 13, donde reposa la documental, la resolución gnr392927 del 11 de noviembre de 2014, mediante la cual le fuere reconocida al demandante la pensión de vejez, a partir del 1 de noviembre de 2014 en cuantía mensual de \$3.684.025. Sobre el pago del retroactivo pensional, se dirá lo siguiente: recordamos que la parte demandante solicita el reconocimiento de la pensión a partir del 15 de agosto de 2014, peticiona entonces el pago de las mesadas pensionales de los meses de septiembre y octubre de 2014, y hasta el 1 de noviembre de 2014, fecha a partir de la cual se le concedió el disfrute de la pensión junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, comoquiera que el asunto a dilucidar es estrictamente en derecho, y la entidad al proferir el acto administrativo de reconocimiento y al contestar la demanda arguye que el



empleador country club de Bogotá realizó aportes al sistema hasta el 15 de agosto de 2014, sin registrar novedad de retiro en la letra R, el juzgado debe acudir entonces a la prueba documental obrante en el plenario y que fue expedida por la propia Colpensiones aquí demandada, por cuanto tiene pleno valor probatorio en su contra. Así, al revisar el reporte de semanas cotizadas actualizadas al 29 de julio de 2015, del expediente administrativo se establece plenamente que efectivamente la última semana cotizada en forma efectiva por el actor lo fue el 30/08 de 2014. En esa dirección, el juzgado debe señalar que si bien es cierto, no aparece en forma escrita la novedad del retiro por parte del último empleador, es decir, no aparece el documento que acredita esta circunstancia de manera específica, también lo es que si se observa el reporte de semanas cotizadas que obra en el expediente administrativo arrojado al plenario por la accionada, en el historial laboral contenía el cd del expediente administrativo, allí aparece como último periodo cotizado el 30 de agosto de 2014. Reporte que tomó la accionada para liquidar la mesada pensional, por lo que debió tomarse como tal dicha fecha para reconocer la exigibilidad de la pensión de vejez, no es de recibo para el juzgado que se tenga en cuenta hasta la última semana cotizada para obtener el ibl, y se desconozca esa fecha para iniciar a pagar la misma, pues de ser así, no debió reconocerse la prestación jubilatoria, hasta tanto no se demostrara la desafiliación del sistema, pero como la demandada inició el pago de las mesadas pensionales a partir del 1 de noviembre de 2014, aceptó que ya el demandante no estaba afiliado al sistema. Sobre este aspecto, la corte suprema de justicia se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, accediendo al pago de la pensión a partir de la última afiliación, así no esté debidamente acreditada la desafiliación del sistema, como se trae a colación la del 26 de octubre de 2010, radicado 36290, magistrado ponente doctor Gustavo José Gnecco que en su momento dijo lo siguiente: “Cumple anotar que en la conclusión sobre la necesidad de la desafiliación del régimen no debió incidir el que no exista prueba de ese hecho porque, ante la ausencia de ella, lo razonable era que el tribunal tuviera como fecha de tal desafiliación aquella en que se efectuó la última cotización, en este caso, el mes de enero de 2002. Así surge de lo que ha explicado esta sala de la corte, entre otras, en la sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicado 27140, en la que reiteró los criterios expuestos en la del 21 de febrero de 2005, radicado 24370.” En consecuencia, este juzgado ordenará el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante a Colpensiones para que a partir del 1 de septiembre de 2014, teniendo en cuenta que la última cotización efectuada lo fue hasta el 30 de agosto de 2014, el retroactivo pensional entonces asciende a la suma de \$7.368.050, equivalente a las dos mesadas dejadas de cancelar, las cuales se deberán cancelar de forma indexada, ya que como suficientemente se explicó, la pensión solo fuera reconocida a partir del 1 de noviembre de 2014. Igualmente se accederá al pago de los intereses moratorio que prevé el artículo 141 de la ley 100 de 1993, los cuales se liquidarán a partir del 1 de



septiembre de 2014, liquidados sobre el retroactivo adeudado, esto es, por las mesadas pensionales y adicionales causadas desde el 1 de septiembre de 2011 hasta el 30 de octubre de 2014, ya que la pensión se empezó a pagar el 1 de noviembre de 2014, los cuales deberán ser liquidados al momento de su pago. Sin embargo, si se liquidaran la suma ascendería a \$185.000. Excepciones. Dadas las resultas del proceso, se declaran no probadas. Costas. Estarán a cargo de la parte demandada Colpensiones por la suma de \$1.000.000. Decisión. En mérito de lo expuesto, el juzgado 25 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, resuelve...”

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada de la parte actora manifiesta:

“Si señor juez, con el debido respeto y escuchado atentamente el fallo, me permito interponer recurso de apelación por las siguientes consideraciones: si bien es cierto, el juzgado reconoce las pretensiones principales, esto es, las dos mesadas correspondientes a septiembre y octubre de 2014, también es cierto que esta parte no comparte, la parte interesada no comparte la forma como han sido liquidados los intereses moratorios, porque si bien es cierto hace el reconocimiento de que se causan dichos conceptos, no está de acuerdo la parte que represento en la forma en cómo se determina y liquida la totalidad de los intereses moratorios; porque si bien es cierto los dos meses dejaron de cancelarse y así lo reconoce la sentencia, pues esos dos meses que generan una mora que debe ser actualizada, ese calculo debe extenderse hasta la fecha en que se profiere el fallo, es decir, el 8 de julio de 2020, para efectos de determinar los interés moratorios sobre esa suma que la suma principal que está reconocida por parte de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones demandada en este proceso. Esas son las razones que me llevan a sustentar este recurso, solicitando al honorable tribunal que revoque parcialmente única y exclusivamente la parte resolutive que determinó la liquidación de los intereses moratorios, muchas gracias, señor juez.”

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES, indicó:

“Gracias señor juez, me permito interponer el recurso de apelación, fundamentado en lo siguiente: se hace necesario traer a colación lo manifestado por la corte constitucional en sentencia t 626 de 2014, frente a la fecha de disfrute de las pensiones, en primer lugar, se debe diferenciar que



hay dos circunstancias temporales planteadas, una la causación del derecho pensional y segundo el disfrute de la mesada pensional. Sobre el particular, la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia ha señalado que no es dable confundir la causación de la pensión con el disfrute, la primera ocurre desde el momento que el afiliado reúne los requisitos de edad y densidad de cotizaciones exigidos, en cambio el disfrute de la pensión ocurrirá en definitiva una vez causada la pensión está en función al momento en que solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez. En el mismo sentido, la corte suprema en decisión del 1 de febrero de 2011, reiteró que tanto la causación como el disfrute de la pensión de vejez son dos figuras jurídicas que no confunden por lo que tiene identidad y efectos propios, el primer caso, la causación se supera cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos para acceder a ella y el segundo, el cumplimiento se da cuando solicita y es previa la desafiliación del régimen. También, se ha utilizado de manera reiterada por el alto tribunal, siempre se ha de distinguir el concepto de pensión de vejez y el disfrute de la misma. Al conocer el recurso de casación interpuesto por el instituto de seguros sociales, contra la decisión proferida en segunda instancia se hace la diferencia en cuanto el demandante reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas, mientras que el disfrute de la misma requiere siempre la desafiliación del régimen. Por lo tanto, se tiene que al momento de que se causa el derecho pensional por haber cumplido los requisitos mínimos para el efecto, y el momento en que hubiese disfrutado el reconocimiento pensional, pues son dos momentos diferentes, y de acuerdo a lo anterior, verificada la historia laboral del demandante, ahí se puede establecer que no cuenta con una novedad de retiro al momento del reconocimiento de la prestación. Por lo tanto, la prestación le fue reconocida a corte de nómina mediante la resolución gnr3929 del 11 de noviembre de 2014, y esta se encuentra ajustada a derecho, por lo que solicito señores honorables magistrados absolver a mi representada de las condenas impuestas por este despacho. gracias.”

CONSIDERACIONES

Previo a resolver los recursos interpuesto, se ha de señalar que no fueron asuntos objeto de controversia, los relacionados con la calidad de pensionado del demandante, así como el hecho de que la demandada mediante resolución No. GNR 392927 del 11 de noviembre de 2014, reconoció la pensión de vejez (Acuerdo 049 de 1.990), al actor a partir del 1 de noviembre de 2014, argumentando que la prestación se reconocía con



corte de nómina ya que el último empleador del actor no reportó la novedad de retiro. (fl.- 11 - 13).

De conformidad con lo anterior, procede en esta Colegiatura al estudio los recursos interpuestos por las apoderadas de las partes, encontrando que son dos puntos los que le merecieron reproche, así: (i) la fecha a partir de la cual se debe ordenar el reconocimiento de retroactivo pensional y (ii) la causación de los intereses moratorios.

Así las cosas y en relación con el primero de los puntos, es decir, la fecha de causación de la pensión de la actora, esta Colegiatura encuentra que la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido los requisitos para que opere, la denominada desafiliación tácita.

Para tal efecto en sentencia con radicación No. 38776 del 01 de febrero de 2011, señaló:

“...Sobre el particular, cabe anotar que no es exacto afirmar que la desafiliación del sistema de pensiones pueda presentarse de manera tácita, como que supone un acto de declaración de voluntad, bien sea del empleador o del afiliado, que, desde luego, debe ser conocido por la entidad de seguridad social respectiva, que habrá de tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado pueda considerarse excluido del sistema.

Por otra parte, la falta de cotizaciones no supone necesariamente la desafiliación, porque la afiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque



íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas. (Negrilla fuera de texto)

(...)

No obstante lo expuesto, no desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional...”

De conformidad con lo anterior, y revisado el acervo probatorio, esta Colegiatura encuentra demostrado en el proceso que la última cotización efectuada por el actor lo fue el 31 de agosto de 2014 (fl.- 24), que cumplió los requisitos para acceder a la pensión el 15 de agosto de 2014, que elevó la solicitud de reconocimiento el día 19 de agosto de 2014, y que para dicha data ya tenía cumplidos los requisitos tanto de edad como de semanas cotizada para acceder a su pensión, por lo que su derecho pensional debe reconocerse a partir del día siguiente de la última cotización, es decir, a partir del 1 septiembre de 2014, tal y como lo señaló el Juez de Primera Instancia, por lo que no le asiste razón a la parte demandada en su recurso y en consecuencia, se confirmará la decisión en este aspecto.

En lo que tiene que ver con los intereses moratorios, se encuentra que la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral -ha admitido el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solo en



vigencia de la Ley 100 de 1.993 y cuando se aplica en virtud del acuerdo 049 de 1.990, por tratarse de pensiones que hacen parte de su normatividad integral.

Ahora bien, en cuanto a la manera en la cual el Juez de Primer grado liquidó los intereses moratorios, esta Sala encuentra que no cometió yerro alguno ya que ordenó el pago de los mismos, los que deberán liquidarse mes a mes sobre cada una de las mesadas pensionales causadas y en mora, esto es, las comprendidas entre el 1 de septiembre y el 31 de octubre de 2014 y hasta el momento en que se verifique el pago, en los términos del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Por todo lo anterior, se habrá de confirmar en su integridad la decisión adoptada por el Juez de primer grado, ya que la misma se encuentra ajustada a derecho.

Sin costas en esta Instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. D. C., SALA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050025 2017 00156 01

Ord. PEDRO PABLO VERGARA LÓPEZ Vs COLPENSIONES

Los Magistrados

MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2018-012-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CAMILO FRANCO REYES

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 7 de septiembre de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor CAMILO FRANCO REYES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado de régimen que realizó el 23 de junio de 1994 del ISS a Porvenir por la indebida información en que ocurrió dicha AFP para promover su traslado, como consecuencia de tal declaración se ordene a las demandas Colpensiones, Porvenir y Old Mutual a realizar todas las gestiones tendientes a anular el traslado de régimen, ordenando a esta última a trasladar a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Colpensiones la totalidad de dineros depositados en su cuenta individual y a Colpensiones a recibirlo como afiliado y actualizar su historia laboral. (fls. 4 y 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 22 de julio de 1957, cumpliendo la edad requerida para pensionarse en el año 2019, que se afilió al Sistema General de Pensiones a través del ISS el 1 de mayo de 1985, régimen al que cotizó 191 semanas, que el 23 de junio de 1994 se trasladó a Porvenir S.A., decisión que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de dicho fondo, que su solicitud es viable conforme los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en dicho régimen ha cotizado más de 960 semanas y en ambos regímenes un total de 1151 semanas, afirma que de igual manera, Old Mutual debió informarle sobre la posibilidad de retornar al RPM antes del cumplimiento de los 52 años de edad, que su mesada pensional en el RAIS para el 2019, ascendería a \$1.366.946 y conforme su historia laboral se puede establecer que su IBL para el 2017, ascendía a \$10.268.550 a la que aplicada una tasa de reemplazo del 58.55% arroja una mesada pensional en el RPM de \$6.012.236.

Señala por último que elevó derecho de petición ante Porvenir el 23 de octubre de 2017, solicitando la nulidad de su traslado, igual petición elevó ante Old Mutual y Colpensiones. (fls. 5 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, OLD MUTUAL hoy SKANDIA Pensiones y cesantías, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos 1, 2, 6, 9 y 12, negó los No. 5, 7 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 93).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1 y 11, negó los No. 3, 4 y 7 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa. (fl. 166).

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 3 y 11 a 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, cualidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y prescripción. (fl. 187).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el demandante al RAIS el 23 de junio de 1994, así como el posterior traslado efectuado a Porvenir S.A.; declarando para todos los efectos legales que este nunca se había trasladado del RPM, ordenó a Old Mutual Pensiones y Cesantías a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido como consecuencia de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses y gastos de administración y ordenó a esta última a recibir al demandante como afiliado y actualizar su historia laboral y declaró no probada la excepción de prescripción. (fl. 205).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

Para resolver lo relativo a la nulidad del traslado que hizo el demandante del RPM al RAIS, el juzgado lo primero que debe señalar es que a partir del 1 de abril de 1994 se establecieron 2 regímenes pensionales esto es el RPM, administrado por Colpensiones y el RAIS disponiendo el literal b del artículo 13 del texto original de la ley 100 de 1993, que la selección de uno o cualquiera de esos regímenes será libre, voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestaría por escrito su elección al momento de su vinculación o del traslado de régimen al otro; a su vez, el literal e del texto original de la ley 100 de 1993 indicaba que una vez efectuada la elección inicial los afiliados solo podrían trasladarse de régimen cada 3 años, normatividad que fue modificada en su artículo 2 por la ley 797 de 2013, en el sentido de que el traslado de régimen se podría realizar por una sola vez cada 5 años, así como que después de un año de entrada en vigencia de esa norma el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaren 10



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

años o menos para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez. Así mismo, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 disponía que la selección de uno o cualquiera de los regímenes implicaba la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y muerte y demás prestaciones económicas a que hubiera lugar. Así mismo, que la selección de uno o cualquiera de esos regímenes era libre y voluntaria por parte del afiliado y para tal efecto se debía suscribir un formulario con los datos indicados en esa norma. Ahora, en punto al tema de la afiliación y selección de régimen pensional, ha sido reiterada y pacífica la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha establecido que es un deber y obligación de las administradoras de fondos de pensiones el de información que tienen frente a sus futuros afiliados, así que su omisión genera la ineficacia de la afiliación, es así que en la sentencia con radicado 55050 del 22 de julio de 2015, la Corte Suprema de Justicia señaló que en ámbito del sistema general de la seguridad social, la afiliación y la selección de un régimen de pensiones son actos rodeados de ciertas formalidades con vocación de permanencia y que deben provenir de la elección libre, voluntaria y sin presiones del afiliado, indicando que esas características se derivan de lo que dispone el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su literal b, el artículo 114 de esa misma norma, el artículo 16 de la ley 100 de 1993 y el artículo 11 del decreto 692 de 1994. Además, en la sentencia 46292, la corte explicó que son deberes y obligaciones de las administradoras de pensiones los siguientes: 1, la información que comprende todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; 2, el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad; 3, una información que sea proporcional con la prudencia de quien sabe ya tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, se tiene también el deber del buen consejo.

A su vez, la corte en la sentencia SL1421 de 2019, radicado 56714, reiteró que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se limitaba a una simple manifestación de voluntad, sino que debía estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, que debía estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que esa decisión le acarrearía, tampoco se trata de diligenciar un formato ni de una cláusula genérica sino haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, explicando que la libertad informada es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que disfrute el afiliado, por ello procede tanto para los beneficiarios del régimen de transición como para los que no lo eran. Luego, en la sentencia 68838 de 2019, después de que la corte hizo un análisis sobre la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, concluyó que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador usuario como mínimo acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado en la sentencia 68852 de octubre de 2019, la corte explicó lo siguiente: 1, que de la creación de las administradoras de fondos de pensiones con la expedición de la ley 100 de 1993, estas tienen el deber de brindar información a los afiliados usuarios sobre el sistema pensional. 2, que el grado de intensidad de esa obligación se ha transformado con el paso del tiempo, de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento en el momento histórico en que debía cumplirse; 3, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información y por tanto se requiere de un consentimiento informado; 4, la carga de la prueba corresponde al fondo de pensiones y 5, la violación del deber de información puede darse incluso si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiaria del régimen de transición, está o no cerca a pensionarse, esto desde luego conforme a las particularidades de cada asunto, ha señalado la corte suprema de justicia.

Así las cosas, atendiendo al criterio jurisprudencial expuesto, se concluye el deber legal de información que tienen las administradoras del sistema de seguridad social en pensiones al momento en que una persona se vincula a un régimen pensional o efectúa



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

un traslado del uno al otro, lo que significa que la ausencia de información total o parcial permite invalidar la afiliación, por ello también la jurisprudencia ha establecido que la carga de la prueba contemplada en el artículo 167 del código general del proceso, para estos casos se encuentra en cabeza de las administradoras del RAIS para el caso de Porvenir, quien debe acreditar que para el momento en que el actor decidió trasladarse del RPM al RAIS, cumplió con la obligación de información respecto a las características de ese régimen pensional frente a las del RPM, así como explicándole las condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias que debería asumir al momento de efectuar ese traslado, siendo ello así, el caso de estudio, se evidencia entonces que cuando el doctor Camilo Franco se vinculó al RAIS administrado por Porvenir el 26 de junio de 1994, mediante la suscripción del formulario de afiliación número 142634 con efectos a partir del 1 de noviembre de esa anualidad, conforme consta a folio 174 del plenario, por tanto en ese momento el fondo antes mencionado, esto es, Porvenir, tenía la obligación conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, de brindarle al demandante una información objetiva, comparada y transparente sobre las características del RPM y las del RAIS, así como las condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes condicionales y los riesgos que existía en cada uno a través del acceso que realizó el traslado, dado que estos deben contar con la capacitación idónea para hacer claridad y precisión sobre las diferencias que existan entre los dos regímenes pensionales existentes, no habiéndose acreditado que se cumplió con ese deber, pues la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir no aportó elementos probatorios que dieran fe que al momento en que el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual, le explicó por lo menos las características de cada régimen pensional, resultando insuficiente la suscripción del formulario que obra a folio 175 en el que se lee: “hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual, así como que la administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir, para que sea la única que administre mis aportes, comoquiera que si bien se indicó tiene una manifestación de que la voluntad era libre y espontánea en esa afiliación, lo que reiteró el demandante en su interrogatorio de parte, cuando indicó que su afiliación había sido de forma libre y espontánea, lo cierto es que no acreditó Porvenir que hubiera brindado información al demandante sobre las características de cada régimen pensional y si bien Porvenir tanto en los alegatos como en la contestación de la demanda señala que brindó al demandante una información veraz y completa sobre las características del RAIS, el término de retracto en que cumplió con todas las normas establecidas para ese momento en cuanto al deber de información, lo cierto es que no allegó medio probatorio que corrobore su afirmación, y si bien para ese momento no se exigía que existiera una doble asesoría o que existiera una información tan rigurosa como lo manifestó el apoderado de esta parte en las alegaciones, lo cierto es que debía cumplirse con el deber de información, en cuanto a que por lo menos debía manifestársele al actor las características de cada régimen pensional o mínimo como se pensionaba en cada uno de estos regímenes pensionales y que podía variar el valor de su pensión o la edad para acceder a aquella, dependiendo del capital que tuviera ahorrado en su cuenta de ahorro individual.

Así las cosas, igual sucede para el evento de Skandia Old Mutual, pues se tiene que si el demandante se trasladó a porvenir a esa entidad mediante la suscripción del formulario número 51179517 de diciembre de 2001, sin embargo pese también a tener la obligación de información respecto a las características de cada régimen pensional en cuanto a que deberían darle una información clara y precisa respecto a cada uno de los regímenes pensionales, tampoco cumplió con esa tarea, toda vez que aunque señaló que previo a la suscripción del formulario de afiliación le otorgó una asesoría al afiliado, tal y como lo indica en su contestación de la demanda, tampoco allega un medio de convicción que acreditara su afirmación. Además, no es suficiente la suscripción de ese formulario ni tampoco lo que indica en esos documentos, pues la exigencia es que las entidades le brinden una información al demandante previa la suscripción del formulario de afiliación, lo que tampoco se encuentra acreditado en el caso de Old Mutual, es así que el demandante en su interrogatorio de parte señaló y admitió que suscribió los formularios de manera libre y voluntaria, que llegó una persona a su sitio de trabajo y firmó esos documentos con la confianza que tenía en las entidades y que le ofrecieron trasladarse al régimen y en vista del conocimiento que tenía el instituto de seguros sociales para esa



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

parte que ya se habían visto expuestos a un pago de sus salarios porque el seguro social no tuvo la capacidad de pagar a la entidad para la cual laboraba para que aquella a su vez le pagará sus salarios. Así las cosas, para el despacho es claro que tanto Porvenir así como Skandia incumplieron con la carga de la prueba que les correspondía para acreditar que al momento en que el demandante se afilió al RAIS cumplió con el deber de información para que aquel tomará de manera libre y voluntaria la decisión que considerará mas favorable a sus intereses y asumiera las consecuencias que de ella se derivaban, además de después de su afiliación tampoco existe algún documento, ninguna prueba que diera fe que las entidades cumplieron con el deber de información explicándole al demandante las características de cada régimen pensional para que se tuviera por saneada la omisión inicial, no sobra advertir que en casos como el que se encuentra en estudio, se aplica la inversión de la carga de la prueba y por tanto si el cotizante alega que no recibió información debida cuando se afilió, es un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca. Por otro lado, se reitera que aunque porvenir señaló en su contestación que junto con los fondos de pensiones procedieron no solo con la información enviada en los extractos sino con la publicación mediante comunicados de prensa en un diario de amplia circulación nacional, como el tiempo, de enero de 2004, informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retornar al RPM, siempre y cuando acreditaran los requisitos establecidos, así como tampoco desconoce el juzgado que los regímenes pensionales son de conocimiento públicos, y que el demandante también tenía la obligación de informarse sobre las características de cada régimen pensional, lo cierto es que ese deber de información se ha impuesto en cabeza de las administradoras del régimen de ahorro individual, por tanto, son a estas a las que le corresponde brindarle información suficiente a sus afiliados y respecto a la situación particular pensional de cada uno de ellos, es así que desde la existencia del artículo 12 del decreto 720 de 1994 que señala, obligación que no se cumplió en este caso. De lo expuesto, se concluye entonces que cuando el señor camilo franco reyes decidió trasladarse de RPM y vincularse al RAIS, representado en ese momento por Porvenir, no lo hizo conociendo en detalle las características de cada régimen pensional, lo que permite inferir la ausencia de una libertad informada por consiguiente la omisión de la administradora al deber de información que le incumbía y si ello es así por supuesto se genera la invalidez de la afiliación que hizo el demandante al RAIS, situación que tampoco cambia y no se dio por saneada en el momento en que el demandante se vinculó a la afp Old Mutual s.a., por cuanto tampoco a pesar de que fue un traslado entre administradoras de pensiones, aquella cumplió con el deber de información como se indicó en precedencia. Ahora bien, no sobra advertir que de conformidad con lo que ha reiterado la Corte Suprema de Justicia en sus diferentes decisiones, especialmente las proferidas en el año 2019, como la sentencia SL1421 y la SL1688, en caso de que las administradoras incumplan con el deber de información al momento de la suscripción de la afiliación a un régimen pensional, lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación al régimen, en este caso, el régimen de ahorro individual con solidaridad, y no la nulidad sustancial de la afiliación, por tanto el afiliado no debe entrar a demostrar la existencia de vicios del consentimiento como el error, la fuerza y el dolo, y al abordarse desde esa institución de la ineficacia, tal determinación implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica de que en este caso el demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, o más bien, siempre permaneció afiliado al régimen de prima media con prestación definida. Como consecuencia de lo anterior, se dispondrá la ineficacia de la afiliación que hizo el doctor Camilo Franco Reyes a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir, por consiguiente se declarará para todos los efectos que nunca se trasladó al RAIS, siempre permaneció en el RPM, por consiguiente, se ordenará a la AFP Old Mutual pensiones y cesantías a trasladar los aportes que haya realizado el demandante junto con sus rendimientos, debiendo en todo caso, asumir con su propio patrimonio los gastos de administración, tal y como lo ha señalado la corte suprema de justicia en sus diferentes decisiones, igual orden y respecto a la última indicada, esto es, el traslado de los gastos de administración y con que los debe asumir, aplica respecto a porvenir, pues así lo ha establecido la corte suprema de justicia en sus diferentes decisiones, entre ellas, en la sentencia SL4660 de 2019, en donde reiteró lo que había señalado en la 31989 de 2008, en la 4964 de 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1688 de 2019, como consecuencia de lo anterior, se condenará a Porvenir y a Old Mutual a trasladar a Colpensiones lo que haya deducido de los aportes pensionales efectuados por el demandante a cada una de estas administradoras por gastos de administración.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Propusieron las demandadas la excepción de prescripción, la cual en nuestro ordenamiento laboral se haya regulada por el artículo 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del CPTSS. Sin embargo, no puede perderse de vista que el artículo 48 de la CP indica que el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo, imprescriptible e irrenunciable, además la Sala Laboral de la CSJ, ente otras sentencias, en la SL1688 de 2019, explicó que las acciones judiciales encaminadas en que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico son imprescriptibles, lo anterior, bajo la premisa de ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos del crédito y obligaciones que surjan de aquellos. Así las cosas, como la pretensión de este proceso se circunscribía a verificar la forma en que ocurrió la afiliación del demandante al RAIS, eso es, la forma de verificar un hecho, tal como lo ha adoctrinado la sala laboral de la corte suprema de justicia, esta acción se torna imprescriptible, debiendo declarar no probada la excepción de prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir**, indicó en su recurso:

En relación con la declaratoria de la ineficacia de la afiliación o del traslado del demandante del RPM al RAIS, también en cuanto a la condena, en donde se ordena a Porvenir a devolver o a trasladar al RPM administrado por Colpensiones, todo lo que se haya descontado de los dineros recibidos con ocasión a la afiliación de la demandante, en específico los gastos de administración. En este sentido, su señoría, lo primero que cabe destacar y precisarle a la sala es que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues el traslado de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo con los requisitos exigidos en la ley para ese momento. Puesto que, mi representada al momento de realizar el traslado del demandante al RAIS, cumplió con el deber de información que estaba establecido para la época en el artículo 97 del decreto 663 de 1993, pues le entregó a la parte actora la información de manera verbal, y posteriormente el demandante suscribió el formulario de afiliación, el cual se recuerda porque fue revisado y aprobado por la superintendencia bancaria y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, donde queda manifestada la voluntad del demandante de trasladarse de régimen, un documento que cumple con todos los requisitos de ley, que cumple con toda la validez para que un documento pueda ser tenido en cuenta, por lo cual no es posible que al día de hoy se desconozca su validez en un proceso judicial. Si lo anterior no fuera suficiente, vale la pena recordar que Porvenir s.a. ha hecho diferentes campañas masivas para la educación de los consumidores financieros, de sus afiliados y ha realizado diferentes comunicados de prensa a través de los cuales ha informado los cambios normativos que se han venido dando en materia del sistema pensional.

En relación con la prueba documental que extraña la juez de primera instancia en su fallo, frente a estos documentos le mencionamos a la sala que estos documentos que no se pudieron aportar en el debate probatorio no eran una obligación vigente para el momento en el cual se realizó el traslado de la parte actora, pues esta obligación surge con la circular 016 de 2016 de la superintendencia financiera de Colombia, por lo que no es cierto que Porvenir s.a. se encuentre en una mejor posición o situación probatoria para acreditar lo solicitado. Ahora bien, en cuanto a la obligación del buen consejo, la doble asesoría e incluso la de desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2010 y del año 2014, y lo anterior fue recapitulado y fue objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL1688 de 2019, SL1689 de 2019 y la SL3464 de 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existen para la época de la afiliación del demandante al RAIS y mucho menos las mismas pueden ser aplicadas de una manera retroactiva. También se le menciona a la sala que el incumplimiento del demandante del deber de diligencia y de sus propios cuidados, conlleva a que el mismo no pueda ser beneficiario de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior se corrobora con el actuar sistemático de la negligencia reiterada por parte del demandante, pues dentro de su interrogatorio de parte se puede observar que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

no utilizó los canales de comunicación de ninguna de las entidades a las cuales estuvo afiliado para conocer su estado pensional y solamente lo hizo hasta el año 2017, en el fondo escandia Old Mutual.

Por último, en cuanto a la condena consistente en devolver a Colpensiones los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a recursos propios de mi representada, respecto a los mismos es oportuno precisar que esta condena no es procedente, toda vez que los gastos de administración descontados por mi representada obedecieron a un descuento que estaba autorizado en la ley, estas sumas correspondientes a gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica a la cual señalada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y en ese artículo se dice claramente que en el RAIS el 10% del ingreso base de cotización se destina a las cuentas de ahorro individual pensional, un 0.5.% del ingreso base de cotización se destina al fondo de garantía de pensión mínima y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración, la prima de seguro fogafyn y las primas de los seguros de invalidez, vejez y de sobreviviente. Así las cosas se tiene que en el presente caso es claro que estos descuentos efectuados por conceptos de gastos de administración, cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, por lo que los mismos no se encuentran ya en el patrimonio de Porvenir s.a., lo anterior en la medida en que dichos descuentos, primero, fueron utilizados para la generación de frutos o rendimientos a favor del demandante, los cuales fueron trasladados junto con sus cotizaciones a la actual Afp Old mutual, y se utilizaron para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte a los que estuvo expuesto el demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado a Porvenir s.a., por lo que no es viable retrotraerlos en atención a que estos se descontaron con ocasión a una cobertura y a los servicios que se le prestaron al demandante. En ese orden de ideas, pues si el tribunal condena a devolver los gastos de administración, confirma esta condena, estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa en favor del demandante en la medida en que se estarían inaplicando las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico, siendo necesaria reiterar que las sumas descontadas por mi representada fueron invertidas para el mantenimiento de las cotizaciones del demandante y el incremento de estas al generar un beneficio en su cuenta de ahorro individual, incrementando esta con los rendimientos financieros que se producen a través de esta actividad de tipo profesional que realiza mi representada. Así mismo se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración están reguladas a través de un mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993.

Por su parte, **Old Mutual**, recurrió señalando:

en el caso que nos ocupa, efectivamente no se presenta ningún vicio del consentimiento que permita declarar o que determine que el acto jurídico celebrado entre este y la administradora de fondos de pensiones porvenir para el año 1994, consista o tenga como fundamento un vicio en el consentimiento por la información que no le fue aportada. Todo lo contrario, de acuerdo con el interrogatorio de parte, podemos establecer que para el año 1994 el señor Camilo Franco era plenamente consciente de las características del RAIS pues le fueron entregadas al momento de la afiliación al mismo. Aunado a lo anterior, para el año 2002 cuando se trasladó a la administradora de fondos de pensiones que represento también le fueron reafirmados dicha información y le fue reafirmada la manera en que el fondo de pensiones iba a manejar su dinero, tan es así que el manifiesta en el interrogatorio de parte que dicha información le fue entregada de manera oportuna y que además de eso se sintió muy tranquilo, teniendo en cuenta los anteriores conflictos que llegó a tener con el ISS por las experiencias vividas por sus compañeros. En ese entendido, también es claro que la administradora que represento y ante la apariencia de un negocio cuya fuente es la buena fe, pues claramente se cumplieron con los deberes establecidos para los traslados entre administradoras, reafirmando la información que seguramente el señor Camilo conocía; motivo por el cual, para este apoderado la condena tanto en gastos de administración como la indexación de los mismos y a cargo del patrimonio propio de Skandia pensiones y cesantías es una condena sumamente exorbitante, teniendo en cuenta lo manifestado que ante la apariencia del negocio cuya fuente es la buena fe, pues es claro que Skandia pensiones y cesantías cumplió a cabalidad con los deberes que la norma le exige para esto. Aunado a lo anterior, frente a los gastos de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administración me permito manifestar que dicho emolumento se consagra o se establece como una obligación para las administradoras de fondos de pensiones en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que quiere decir lo anterior, que Skandia, como ya lo mencioné, ante un negocio amparado bajo la buena fe pues procedió a darle trámite a dichos gastos y generando por un lado los rendimientos que pueden observarse hoy en día en la cuenta de ahorro individual del señor camilo franco reyes, como en haberlo asegurado ante una eventual contingencia, como la invalidez o la muerte, mientras o durante el desarrollo del vínculo contractual que tiene el señor camilo franco reyes con mi representada.

Es claro que no existe un vicio en el consentimiento que permita manifestar y además de eso que escandia ha actuado de manera transparente y eficiente frente a la administración de los recursos aportados por el Camilo, Le solicito también al Honorable Tribunal tenga en cuenta una norma como lo es el decreto 1888 de 1994, decreto en el que se reglamenta la manera en la que debe funcionar la administradora colombiana de pensiones en su momento el instituto de seguros sociales, en el artículo 9 y 10 se establece, no solamente una obligación por parte de las administradoras de fondos de pensiones respecto a lo que pueda llegar a hacer y la manera en la que debe tratar esa información, sino que en este decreto se establece que para el ISS también existen cierto tipo de deberes, tales como la información y la búsqueda de que los ciudadanos obtengan el conocimiento para tomar una decisión libre e informada, motivo por el cual es claro que ante esta situación es claro que Colpensiones también incurrió en desacatar dicha obligación, motivo por el cual no es procedente que ante la declaración de una ineficacia sean devueltos los dineros de administración, más aun cuando el ISS en su momento y después Colpensiones no adelantó ningún trámite ni ninguna gestión pertinente para llevar que el demandante se encontrara más o menos informado respecto de su situación pensional, por lo tanto, esos gastos de administración que van a ser o que según la condena serán devueltos a Colpensiones, se trataría de un enriquecimiento ilícito ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones que también tenía la administradora de dicho régimen.

La demandada **Colpensiones** indicó en su recurso:

Como se pudo evidenciar en el interrogatorio de parte, las pruebas documentales y los testimonios, se estableció que no existió un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo subsanado, no solo por la voluntad que plasmó el demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación, sino su vocación de permanecer en el régimen privado, pues se dio por un periodo prolongado. Adicional a esto, es importante manifestar que el demandado, el señor Camilo, no solo realizó un traslado primero a Porvenir y después a Old Mutual, lo que nos hace entender que tenía conocimiento y sabía claramente lo que implicaba hacer un cambio de régimen, es una persona instruida, es una persona que tiene la capacidad para tomar las decisiones por medio de una buena orientación y una asesoría, si bien es cierto, esta obligación le compete únicamente a los fondos privados y no a Colpensiones, ya que los fondos privados son los que tienen la obligación de informar de manera clara, veraz y honesta el traslado al que ellos se van a someter, estos son sus posibles potenciales afiliados. De esta manera, su señoría, también le indico que al permitir el traslado que está solicitando el señor camilo, se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, en el sentido que la cotización dentro de un régimen y otro y al trasladarse a Colpensiones los rendimientos financieros no serían los mismos. Afectando a los usuarios que aportan al sistema y materializan de alguna manera una bomba fiscal para el estado. De esta manera, su señoría, también me permito indicar que de las pruebas aportadas y los testimonios se puede llegar a la conclusión que efectivamente el señor camilo nunca fue obligado a hacer la firma o afiliación o los posteriores traslados a los cuales se indican dentro del proceso, para indicar de esta manera que él tuvo plena validez, su voluntad de traslado y no es posible que a este momento, después de que ya está ad portas de poder acceder a la pensión de vejez, solicite de manera que se retrotraiga todas estas acciones y Colpensiones sea la entidad que reconozca una pensión de vejez.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor CAMILO FRANCO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir, el 23 de junio de 1994, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folios 175 del plenario, allegada por la demandada en mención.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Es así como en casos y contrario a lo señalado por la recurrente Skandia y por Colpensiones en sus 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 de 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 las recurrentes ninguna de ellas da cuenta respecto de que al señor Camilo Franco, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., fondo al que se trasladó el demandante en primer momento, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, lo que lleva a determinar que contrario a lo señalado por las demandadas en sus alegaciones como en el recurso planteado, el traslado del demandante no se puede considerar libre y voluntario como quiera que este no conocía las implicaciones del mismo.

Dicho deber de información, no se puede dar por suplido como lo señalan la recurrente Colpensiones con las afirmaciones del demandante al absolver interrogatorio de parte, como quiera que este manifestó que únicamente se le pusieron de presente al momento de su traslado al RAIS, las **ventajas** de afiliarse a dicho régimen y como se señaló abundante jurisprudencia ha



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

indicado que no sólo se deben manifestar las ventajas del traslado de régimen pensional, sino también lo que le resulta perjudicial al afiliado en caso de tomar la adoptar la decisión de traslado, sin que el recaudo de dicha prueba permita concluir que el actor hubiera confesado que al momento de su traslado también le manifestaron lo desfavorable del mismo.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 las recurrentes Skandia y Porvenir S.A., también en sus alegaciones 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 Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información al señor CAMILO FRANCO, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió como lo reitera la parte demandante en sus alegaciones.

De igual forma, su suministro no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, como indica la recurrente Porvenir, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular del actor, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópicamente ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se reitera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

Ahora bien, tampoco resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones, según el cual la permanencia del demandante en el RAIS y el traslado que efectuara al interior de dicho régimen, no tiene la virtud de convalidar el que realizara ante Porvenir S.A., sin observancia del deber de información, ello por cuanto el acto primigenio de traslado, no nació a la vida jurídica ante la omisión del deber en mención, lo que de igual forma determina la ineficacia de los traslados que se llevaran a cabo dentro del RAIS con posterioridad al inicial.

De otra parte, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** caso en el cual si bien la demandante alegó existencia de vicio en su consentimiento, no está obligada a probarlo, pues ello es propio de la figura de la nulidad, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

En cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, 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 durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de las demandadas Skandia y Porvenir 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 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

información al respecto; circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, del traslado de régimen pensional bajo estudio.

Finalmente, como lo pone de presente la recurrente Colpensiones se considera que hay lugar a DECLARAR que esta administradora 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, aspecto en el que se adicionará 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420180001201 Dte: CAMILO FRANCO REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 32-2019-172-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Porvenir y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 4 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor REINALDO SUÁREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la anulación por ineficacia de la afiliación que realizara ante la AFP Colfondos, ante la omisión de esta en el deber de información; como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene su traslado como afiliado a Colpensiones, ordenando a Porvenir S.A., devolver a órdenes de Colpensiones todos los dineros que recibió producto de su afiliación, junto con rendimientos y gastos de administración,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte: REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

debiendo asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de pensión, solicita se condene a esta última AFP en mención en caso de no haberle reconocido derecho pensional al actor, pagarle dicha prestación hasta que efectúe el traslado de todas las sumas depositadas en su cuenta de ahorro individual. (fls. 7 y 8).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al SGSSP en julio de 1987 y como consecuencia de la publicidad de las AFP privadas, se trasladó a Colfondos el 9 de octubre de 1995, que al momento de dicha afiliación, el promotor de este fondo, se limitó a llenar un formato preestablecido sin proporcionarle una información completa, veraz, adecuada y suficiente respecto de las prestaciones y beneficios que obtendría en el RAIS, como tampoco de las consecuencias negativas de dicho régimen, no le entregó proyecciones ni comparativos que permitieran determinar el valor de la mesada pensional que percibiría en uno u otro régimen, ni la información referente respecto a qué edad debía alcanzar para obtener derecho pensional por vejez, ni cuánto capital requeriría para el efecto como tampoco las modalidades para adquirir pensión de manera anticipada, ni respecto al derecho de retracto.

Señala que solicitó ante Colfondos copia de los documentos que le fueron proporcionados al momento de promover su afiliación, los que le suministraron, que posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir y solicitó a Colpensiones la anulación de su afiliación al RAIS, entidad que no emitió respuesta a dicha solicitud, que igualmente solicitó a Colfondos la anulación de su afiliación con el correspondiente traslado de aportes y dicha solicitud tampoco fue respondida, en igual forma procedió ante Porvenir y esta negó su petición.

Afirma por último que de haber permanecido en el RPM, su mesada pensional ascendería a \$7.094.122, mientras que en el RAIS, la misma equivaldría a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte: REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

\$2.950.662, resultando evidente la diferencia de dicho monto entre uno y otro régimen y que actualmente se encuentra afiliado a Porvenir S.A. (fls. 3 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLFONDOS se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 13, 21 y 22; manifestó no constarle los No. 1, 3, 15 a 19, 22 a 27 y 29 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación, saneamiento de cualquier nulidad de la afiliación y ausencia de vicios del consentimiento. (fl. 257).

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 18, 27 y 29 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción. (fl. 287).

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 16 a 18 y 29, negó los No. 23 a 26 y 30 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de causa para pedir, inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 345).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, de igual forma declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al RAIS el 9 de octubre de 1995, así como el posterior traslado efectuado a Porvenir S.A.; como consecuencia, ordenó a esta última a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración y bono pensional;



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte. REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ordenando a recibirlo como afiliado en el régimen que administra sin solución de continuidad y condenó en costas a Colfondos S.A. (fl. 486).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

Para resolver el presente caso, debe tenerse en cuenta que la ley 100 de 1993, creó el sistema general de pensiones, estableciéndose que el mismo estaría compuesto por dos regímenes pensionales, el RPM administrado en su momento por el ISS y las cajas de previsión social entre otras, y el RAIS cargo de las administradoras de fondos de pensiones. Señala el artículo 13 de la ley 100 de 1993 que es obligatorio para los trabajadores dependientes e independientes afiliarse al sistema general de pensiones y efectuar las cotizaciones a que haya lugar. Así mismo, señala este artículo que la elección del régimen que se quiera pertenecer por parte del afiliado, será de manera libre y voluntaria y que los afiliados podrán trasladarse entre los regímenes pensionales coexistentes, una vez cada 3 años contados desde el momento de la selección inicial, conforme señalaba el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su redacción original, advirtiéndose que dicho literal fue modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en el sentido de que la posibilidad de trasladarse de régimen se puede ejercer una vez cada 5 años contados desde el momento de la selección inicial y que no es posible trasladarse de régimen a quienes les falten 10 años o menos para llegar a la edad de pensión establecida en la ley. De igual manera, el artículo 271 de la ley 100 de 1993, establece una sanción para quien impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral, señalándose que en caso de que se impida o atente contra estos derechos, la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Así mismo, se deben tener en cuenta lo dispuesto en el decreto 663 de 1993, el estatuto orgánico del sistema financiero, norma que establece una serie de obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones por estar bajo la regulación y vigilancia de la superintendencia financiera entre ellos el deber de información.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta la nutrida jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sobre situaciones como la que hoy nos ocupa, en que se ha señalado que debe analizarse el momento histórico en el que se produjo el traslado y cuáles eran las obligaciones en materia de información para ese momento histórico, se ha señalado igualmente, que en el evento en que el afiliado aduzca que no se le brindó la información en debida forma o que no se le dio ningún tipo de información, le corresponderá a las administradoras de fondos de pensiones acreditar el hecho contrario, esto es, que se cumplió con el deber de información, al entenderse que se trata de una negación indefinida que solo puede probarse con el hecho afirmativo contrario. Conforme la jurisprudencia entonces la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, y teniendo en cuenta que de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso, el traslado de régimen efectuado por el demandante a través de Colfondos data del 9 de octubre de 1995, se encuentra entonces que para dicha data nos encontramos ante la primera etapa del deber de información, conforme lo dispuesto en la referida ley 100 de 1993 en los artículos 13 literal b, 271, 272 al igual que en el artículo 97, numeral 1 del decreto 663 de 1993, cuyo contenido mínimo y alcance del deber de información comprende la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, sentencia SL1452 de 2019. Conforme el anterior marco normativo y jurisprudencial, obran en el proceso documentos que dan cuenta que el demandante nació el 14 de diciembre de 1956, folio 59 del expediente, cuando en momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994, el demandante contaba con 37 años de edad cumplidos; de igual manera, se tiene que el demandante estuvo afiliado al ISS, hoy Colpensiones, y que efectuó cotizaciones en dicha administradora desde el 23 de julio de 1987, hasta el 30 de noviembre de 1995, para un total de 357.43 semanas, historia laboral a folios 49-50 del expediente. De igual manera



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte. REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

se tiene que el demandante se afilió a Colfondos el 9 de octubre de 1995, conforme formulario que obra a folio 54 del expediente, momento para el cual se desempeñaba como gerente de la ferretería metrobogotá s.a., con un salario de \$1.700.000, advirtiéndose que el salario mínimo de la época, año 1995 ascendía a 118.933, con lo cual es evidente que el demandante devengaba aproximadamente 14 salarios mínimos legales mensuales de la época. Así mismo, se tiene que el demandante se trasladó el 9 de julio de 2010 a porvenir s.a., folio 371 del expediente, y conforme historia laboral consolidada emitida por porvenir el 28 de marzo de 2018, el demandante contaba con 1165 semanas cotizadas para aquel entonces, acreditándose en esta historia laboral 344 semanas en Colpensiones, y un total de 821 semanas en el régimen de ahorro individual a través de Colfondos y porvenir s.a.

Obra también en el proceso, dictamen a folio 198 a 214 del expediente, rendido por el señor Vidal Arturo Castelblanco, en el que se hace un análisis comparativo de la situación pensional del demandante tanto en el RPM como en el RAIS a dos momentos, un primer momento la fecha del traslado del demandante en el año 1995 y otro segundo momento a la fecha en que el demandante cumpliría los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media conforme la ley 797 de 2003, esto es, cuando cumpla con el número de semanas mínimas exigidas 1300 semanas. Toda vez que, en lo que respecta a la edad, reiterándose que nació el 14 de diciembre de 1956 a la fecha de esta decisión, el demandante cuenta con 63 años de edad cumplidos. Pero según este estudio, cumpliría con el requisito de semanas en el año 2020, a finales del presente año. Y conforme el mismo se proyecta una mesada pensional a valores constantes del año 2018 de \$7.094.122 en el régimen de prima media y de \$2.950.662 en el régimen de ahorro individual. De igual manera se señala que la diferencia asciende a un 41.59; en cuanto a la situación pensional a la fecha de traslado, se señala que la pensión estimada para aquel entonces era de \$1.650.897 en Colpensiones, o en el ISS y en el RAIS de \$659.520 con un porcentaje o una diferencia porcentual del 39.95%.

Adicional a lo anterior, obran las relaciones de los aportes pensionales efectuados por el demandante al sistema general de pensiones y se escuchó en interrogatorio de parte al demandante en audiencia anterior y el día de hoy al perito. En lo que respecta al interrogatorio de parte del demandante, manifestó que trabaja en tacy compañía cuando fue inscrito en el ISS en el año de 1988, que hacia el año 1994 no recuerda bien la empresa fueron 5 personas en la sala de juntas y fue un asesor les explicó la situación del ISS, cosas que se habían sobre dicho instituto, el buen manejo que se le haría a los dineros y que después de esta charla fueron llenando los formularios que vieron en ese momento que era muy favorable el traslado, que no les dijeron como se construía la pensión que recibía los extractos, que en ellos se veía que la plata iba creciendo, que en el seguro social eso no se veía; y posteriormente se trasladó a porvenir, en recursos humanos de la empresa donde estaba vinculado laboralmente le dijo que quería ir un asesor, que se reunieron algunas personas, que les hicieron ver la solidez de Porvenir vs Colfondos, que les manifestaba que el otro régimen funcionaban igual, que no les explicaron las características de los sistemas pensionales, que no se le hizo una proyección pensional, que no intentó regresar a Colpensiones en la que esto solo sería al final que se da cuenta de la diferencia pensional, que la motivación de la demanda es la pensión desproporcional entre uno y otro régimen, que esto afectaría su calidad de vida y poder cumplir con sus obligaciones financieras, que no se les dijo como se liquidaría la pensión, que se les explicó que la plata de los aportes estaba en un fondo común que no se veía y en el fondo privado si podían saber cual era el destino de sus aportes, que los aportes ganaban intereses, que le mandaban extractos como un banco, que si no alcanzaban la pensión, no cumplían los requisitos de semanas y de edad en el ISS y en el fondo privado había la posibilidad de devolución de dinero, que era algo financieramente atractivo, que para el momento en que se trasladó eran muy jóvenes e ingenuos y que no sabían las consecuencias que les traería dicho traslado, que les dijeron que ISS se fuese a acabar, esto se basaban en las noticias. Que en el año 2018 fue a Colpensiones y le explicaron como se calcula la pensión, en el RAIS no sabe cómo se calcula esta, y que en ese año 2018 el asesor de Porvenir le hizo una simulación en el computador pero no sabe como salieron los valores, que no les explicaron las diferencias entre los regimenes pensionales, no fue una explicación de fondo sobre eso.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte. REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Conforme las pruebas allegadas al proceso, se evidencia entonces que en lo que respecta a Colfondos que fue la administradora a través de la cual el demandante se trasladó de régimen pensional, dicha administradora no acreditó en el presente proceso haber cumplido con el deber de información, haber dado la información suficiente al demandante para que este pudiera tomar una decisión informada y que esto genera un vicio al momento del traslado efectuado por el demandante el 9 de octubre de 1995, si bien en lo que respecta al traslado del demandante a Porvenir s.a., el mismo se produjo en el año 2010 y para aquel entonces el demandante contaba con 54 años de edad y por lo tanto estaba impedido de trasladarse del RAIS al RPM, conforme a la ley 797 de 2003, a la cual ya se hizo referencia previamente. Se tiene entonces que Colfondos en su momento incumplió el deber de información, lo cual viene a generar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por demandante así como su posterior traslado efectuado en el año 2010, que se reitera no tiene la virtualidad de convalidar la decisión del demandante, o el mismo no conlleva a determinar que por haberse trasladado en el año 2010 la decisión del demandante era permanecer en el régimen de ahorro individual, cuando para dicho momento ni siquiera podía trasladarse de régimen, dada la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003. En esa medida es claro que debe tenerse al demandante entonces como afiliado al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, declarándose la ineficacia del traslado de régimen, advirtiéndose que contrario a lo afirmado por la apoderada de Colpensiones, la consecuencia lógica de la ineficacia no puede ser que las administradoras de pensiones, en este caso, Colfondos o Porvenir, le reconozcan al demandante una pensión como si estuviera afiliado al régimen de prima media, pues las cosas deben retornar a su estado original y si eventualmente se le causan perjuicios a Colpensiones por la omisión en que incurrió Colfondos, pues deberá, si a bien lo tiene la demandada Colpensiones, adelantar las acciones para que se le reconozcan esos perjuicios, pero dichos perjuicios no fueron discutidos en el presente proceso y no pueden entrar el despacho a pronunciarse sobre algo que no se discutió ni se reclamó.

Frente a las excepciones formuladas por las demandadas, el despacho las declara no probadas, advirtiéndose que frente a la excepción de prescripción, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha señalado que en eventos como el que aquí nos ocupa es un derecho imprescriptible por lo tanto se declara no probada la excepción, conforme sentencia SL1421 de 2019, radicado 56174.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir**, indicó en su recurso que

El recurso se sustenta, dado que la afiliación del demandante y su traslado inicial al régimen de ahorro individual y su posterior traslado a porvenir obedeció a una decisión libre, espontánea e informada, muestra de ello la asesoría recibida de manera verbal en donde se le indicaron las características y condiciones propias del rais, lo anterior fue ratificado por el demandante en el interrogatorio que le fue realizado el día de hoy, puesto que a este se le indicó y se le habló sobre las implicaciones que tenía el traslado de régimen, así mismo se le indicó sobre la ley 100, y este manifestó en el interrogatorio que le fue realizado, que la mesada pensional en el RPM se adquiría con semanas y edad, mientras que en el RAIS se adquiría con el dinero aportado. Así mismo, este indicó que el demandante hacía aportes voluntarios, que le daba más solidez económica a su pensión, este también indicó que se le informó sobre los motivos por los cuales se creó el régimen privado, el cual era mucho mas sólido económicamente. Así mismo se le indicó sobre la posibilidad de la devolución de las cotizaciones que era mucho mas favorable en el RAIS, puesto que esto se veía depositado sobre una cuenta de ahorro individual, mientras que en el RPM simplemente ese dinero no se veía. Adicionalmente, este indicó que se le informó o conocía que entre más dinero su pensión sería mayor y conforme a esta información que este recibió en el traslado inicial y su posterior traslado a mi representada Porvenir, es claro que se cumplió a cabalidad con los presupuestos establecidos en la ley para la fecha



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte. REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

del traslado, puesto que se cumplieron y en este sentido pues una vez recibió esta información, el demandante realizó el diligenciamiento del formulario de vinculación y afiliación o traslado de régimen pensional, el cual cumplía con todos los presupuestos establecidos en la ley, puesto que se cumplió a cabalidad con lo dispuesto en el decreto 692 de 1994, y dicho documento en el presente proceso no se solicitó la tacha, ni ninguna otra modalidad para desconocer el documento que suscribió, más aun cuando este era una persona plenamente capaz para realizar dicho traslado de régimen pensional. Estas expresiones que se materializaron en el formulario de afiliación no pueden ser desconocidas ni tampoco puede ser pretenderse, dejar ningún tipo de validez, puesto que era un requisito formal para la fecha de afiliación, por lo tanto no puede ser desconocido, ni tampoco puede dejarse sin ningún efecto, tal y como presupone el juez de primera instancia, en cuanto corresponde a una exigencia normativa, por lo tanto no puede ser ignorado ni tampoco puede ser desconocidos los efectos que produce la circunstancia que conste un formulario previamente impreso no resta ningún tipo de validez a la manifestación, ya que corresponde a una manifestación expresa e inequívoca de la voluntad de afiliarse a un régimen pensional.

Adicionalmente no puede pasarse por alto que el demandante era consciente del acto que estaba firmando, y pues también los traslados realizados posteriormente genera manifestaciones inequívocas de la voluntad de este en pertenecer a uno u otro régimen pensional, de acuerdo a la sentencia SL52704 de 2018 y 413 de 2018, mas aun que cuando este indicó en el interrogatorio realizado, que no se devolvió al RPM puesto que le consideraba que era mas conveniente y el veía que su saldo en la cuenta de ahorro individual iba aumentado, en este sentido, pues si bien se allegó un cálculo actuarial, es importante tener en cuenta que de acuerdo a lo manifestado por el mismo perito que realizo dicho cálculo actuarial, no existía ningún tipo de certeza o validez sobre la expectativa que tenía el demandante respecto a adquirir un derecho pensional, mas aun cuando pues las posibilidades o la fluctuaciones respecto a su salario es totalmente variable. En ese sentido, se cumplió a cabalidad con lo dispuesto en la ley para la fecha de afiliación. Ahora bien, no puede pasarse por alto que la superintendencia financiera indicó en concepto 2017056608-001 del 2 de julio de 2017, que el deber de asesoría entendida como la información cierta, clara, comprensible, oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras, se encuentra expresamente consagrado a partir del 1 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del decreto 2241 de 2010, pues es claro que el demandante para la fecha de afiliación no existía norma adicional a las ya mencionadas, y solo fueron la formulación o expedición de leyes y decretos que pusieron en cabezas de las afps el cumplimiento de requisitos o cargas adicionales en estas.

Adicionalmente, de acuerdo a lo manifestado por el mismo juez de primera instancia, es claro que la fecha de afiliación será distintiva y dependiendo de esta, la información que deba recibir cada afiliado será diametralmente diferente, y de acuerdo a lo manifestado por el mismo juez de primera instancia, estaremos frente a la primera época o momento de afiliación y de acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia simplemente se debería dar información cierta y veraz sobre las condiciones de afiliación del demandante, información que se cumplió a cabalidad por lo confesado y manifestado por el demandante en el interrogatorio realizado el día de hoy, mas aún cuando este era consciente de las características o condiciones para adquirir su mesada pensional en uno u otro régimen pensional, de acuerdo a lo señalado por el juez en primera instancia y en la recopilación respecto a los hechos o a las manifestaciones presentadas por el demandante, este mismo indicó que era consciente que en el RPM, para adquirir la pensión era necesario cumplir con semanas y edad, mientras que en el RAIS, era indispensable el monto de su cuenta de ahorro individual. En ese sentido se ratifica aun mas que el demandante era consciente del acto que estaba materializando y recibió información respecto a las consecuencias de su traslado. En consideración a lo antes dicho, el fallo emitido presupone aceptar que el desconocimiento de la ley tiene capacidad suficiente para generar un vicio en el consentimiento, considerando esto desdibujar un principio del ordenamiento legal colombiano, lo cual a postre implicaría una violación a los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte: REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

artículos 9 y 1509 del código civil, que de manera clara señalan que el error sobre el punto de derecho no vicia el consentimiento.

Por último, frente a los gastos de administración, es importante señalar que la ley 100 de 1993 es clara en sustentar y pues su disposición reglamentaria está en dicha ley, por ende devolverlos generaría perjuicio a mi representada en favor del demandante, mas aun cuando dichos emolumentos no se encuentran en cabeza de mi representada pues fueron destinados al fin que pretenden, como es la adquisición de seguros previsionales que cubren el riesgo de muerte o enfermedad, riesgos que están garantizados y cubiertos a la fecha a favor del demandante y también para garantizar las diferentes operaciones financieras que conllevan la obtención de rendimientos, rendimientos que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, puesto que, lo anterior se puede corroborar más aun cuando el demandante era consciente y lo que mas le interesaba en el traslado de régimen pensional eran los rendimientos que se depositaban en la cuenta de ahorro individual de este, lo cual en palabras de este, lo hacía muy feliz.

Por su parte, **Colpensiones**, recurrió señalando:

Como se dijo en los alegatos de conclusión, no se probó dentro del presente proceso que efectivamente existiese una falta al deber de información por parte de la AFP Colfondos al momento de realizar el traslado del demandante al RAIS, pues de acuerdo a lo dicho en el interrogatorio de parte del demandante, este conocía las características del RPM y del RAIS, así como la forma en que se accedía a la pensión en cada uno de estos regímenes pensionales, razón por la cual debe inferirse que las AFP demandadas brindaron la información suficiente al demandante al momento de realizar el traslado. Y si bien ello no fue demostrado por parte de la AFP Colfondos, como lo manifestó el despacho en su sentencia, pues ello si queda demostrado dentro del proceso conforme a lo dicho por el demandante en su interrogatorio de parte. Sin embargo, en gracia de discusión le solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá tengan en cuenta que el acto de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP Colfondos, constituye un negocio jurídico, razón por la cual, y en atención a que los efectos de estos actos jurídicos son interpartes, independientemente de la decisión adoptada por el despacho de primera instancia o por los honorables magistrados en segunda instancia, de declarar o no la nulidad o ineficacia del traslado, debe decirse que mi representada no puede verse afectada ni perjudicada ni favorecida por dicha decisión, en atención a que se debe proteger el principio de la sostenibilidad financiera del sistema e, el cual se verá afectado con el regreso o el retorno del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad, toda vez que ello generaría el reconocimiento de una prestación a favor del demandante, situación que, como se dijo desde la contestación de la demanda afectaría gravemente la sostenibilidad financiera del sistema protegida por el artículo 48 de la constitución política y el acto legislativo 01 de 2005, razón por la cual le solicito a los honorables magistrados del tribunal, revocar la sentencia de primera instancia en lo desfavorable a Colpensiones y absolver a mi representada de tener como afiliado sin solución de continuidad al aquí demandante. Si bien se debe tener en cuenta que una de las consecuencias de declarar la nulidad o ineficacia de un acto jurídico es que las cosas vuelvan a su estado anterior, le solicito a los honorables magistrados tengan en cuenta que en virtud al principio o a la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo, y en atención a que el daño causado por la falta de información de la AFP, la supuesta falta de información de la AFP al momento de realizar el traslado, es la disminución de la mesada pensional que el demandante recibiría en el RPM, le solicito a los honorables magistrados, que de probarse esta nulidad o ineficacia de este traslado, se condene a las AFP que incumplieron con dicha obligación al pago de la prestación de vejez, conforme a como debe ser liquidada en el RPM, esto en atención a que se repare el daño causado por parte de estas AFP al momento de realizar el traslado, y con ello no se genere, como lo dije anteriormente, una afectación al equilibrio financiero del régimen de prima media, en virtud del acto legislativo 01 de 2005, el cual no se establece que dicho principio de sostenibilidad financiera debe darse y debe protegerse por parte de todas las autoridades, tanto públicas como privadas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte: REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor REINALDO SUÁREZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos, el 9 de octubre de 1995, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folios 54 y 312 del plenario, allegada por la parte demandante y la demandada en mención.

La figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, 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, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte: REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 de 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 las recurrentes ninguna de ellas da cuenta respecto de que al señor Reinaldo Suárez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., fondo al que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, lo que lleva a determinar que contrario a lo señalado por Porvenir S.A., en sus alegaciones, el traslado del demandante no se puede considerar libre y voluntario como quiera que esta no conocía las implicaciones del mismo.

Dicho deber de información, no se puede dar por suplido como lo señalan las recurrentes con los dichos del demandante al absolver interrogatorio de parte, como quiera que este manifestó que únicamente se le pusieron de presente al momento de su traslado al RAIS, las **ventajas** de afiliarse a dicho régimen y como se señaló abundante jurisprudencia ha indicado que no sólo se deben manifestar las ventajas de dicho traslado, sino también lo que le resulta perjudicial al afiliado en caso de tomar la adoptar la decisión de traslado, sin que el recaudo de dicha prueba permita concluir que el actor



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte. REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

hubiera confesado que al momento de su traslado también le manifestaron lo desfavorable del mismo.

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)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte: REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., también en sus alegaciones 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 Colfondos, probar el suministro de dicha información al señor REINALDO SUÁREZ, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, sin que el concepto a que alude la demandada en mención, expedido por la Superintendencia Financiera sea vinculante a las decisiones de esta jurisdicción ordinaria, como quiera que tal carácter únicamente lo ostentan las decisiones de la Corte Suprema de Justicia como organismo de cierre de esta jurisdicción.

De igual forma, su suministro no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues si bien como indica la recurrente Porvenir, tal documental no fue objeto de tacha, la misma no contiene datos relevantes a la situación pensional particular del actor, pues en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópicamente ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

Ahora bien, contrario a lo manifestado por Porvenir, el traslado que efectuara el actor a dicho fondo, no tiene la virtud de convalidar el que realizara ante Colfondos, sin observancia del deber de información, ello por cuanto el acto primigenio de traslado, no nació a la vida jurídica ante la omisión del deber en mención, lo que de igual forma determina la ineficacia de los traslados que se llevaran a cabo dentro del RAIS con posterioridad al inicial.

En cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte: REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, siendo a todas luces improcedente la solicitud de esta demandada en cuanto a ordenar a los fondos privados efectuar el reconocimiento pensional del actor, pues tal obligación está en cabeza de la administradora pensional a la que se encuentra afiliado el actor que en esta oportunidad se determinó es Colpensiones, siendo esta la que debe reconocer las prestaciones propias del sistema general de pensiones al actor.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de Porvenir 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 al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, como bien lo indica la parte demandante en sus alegaciones, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información al respecto; circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, del traslado de régimen pensional bajo estudio.

Finalmente, como lo pone de presente la recurrente Colpensiones se considera que hay lugar a DECLARAR que esta administradora 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte: REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensiones demandados, aspecto en el que se adicionará 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.

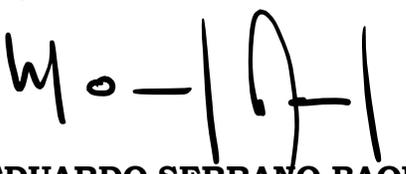
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190017201 Dte: REINALDO SUÁREZ VELÁSQUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .



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

PROCESO ORDINARIO No. 22-2017-0728-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JONATHAN MAURICIO VARGAS LOVERA

DEMANDADOS: BOGOTÁ FUTBOL CLUB S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 23 de julio de 2020.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor Mauricio Vargas Lovera por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que el valor percibido como salario durante toda la relación laboral correspondió a \$2.000.000, que sobre ésta cuantía deben liquidarse las prestaciones sociales, aportes pensionales, que la demandada actuó de mala fe, que a su favor no se hicieron consignaciones al fondo de cesantías y que la terminación del vínculo laboral terminó sin justa causa; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de los salarios correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2015 y 17 días del mes de septiembre de 2015 teniendo en cuenta la suma que reclama como salario; que sobre igual base salarial sean pagadas las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, vacaciones, indemnizaciones por despido injusto, moratoria del artículo 65 y por la no consignación de cesantías, aportes pensionales entre el 1 de marzo de 2007 y el 8 de enero de 2016 y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, prestó sus servicios de manera personal a favor de la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido a partir del día 1 de marzo de 2007 hasta el 8 de enero de 2016, desempeñando los cargos de gerente deportivo y administrativo y vicepresidente; que fue pactada la suma de \$2.000.000 como valor del salario, el que siempre fue pagado por el representante legal de la demandada en efectivo y sin que mediaran comprobantes de pago, que dada



su calidad de gerente deportivo tenía facultades para efectuar diferentes actos jurídicos en representación de la demandada; que en el mes de enero de 2011 suscribió contrato de trabajo a término indefinido en donde se acordó la suma de \$535.600 como salario, añadiendo que de todas maneras continuó percibiendo mensualmente la suma de \$2.000.000, y que así era ante eventuales auditorias; que nunca le pagaron prestaciones sociales, que no hay cotizaciones a su favor entre el 1 de marzo de 2007 y diciembre de 2012; que el día 14 de enero de 2016 el actor presentó ante el empleador renuncia al contrato de trabajo por el incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de las obligaciones convencionales o legales y la no cancelación oportuna de salarios; que no ha recibido pago alguno de los conceptos laborales reclamados, y que no ha cambiando de domicilio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 10, 18 y 19, manifestó no constarle los enlistados en los numerales 21 y 22 y negó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes desde el 31 de marzo de 2007 hasta el 8 de enero de 2016.



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

- CESANTÍAS \$12.742.124
- INTERESES A LAS CESANTÍAS \$391.871
- PRIMA \$2.309.046
- VACACIONES \$2.419.459
- Al pago de aportes pensionales por la duración de la relación laboral teniendo como base de cotización la suma de \$2.000.000.
- Indemnización moratoria del artículo 65 del CST en la suma diaria de \$66.667 a partir del 9 de enero 2016 y hasta el 8 de enero de 2018 y a partir del día siguiente intereses moratorios.
- Indemnización por despido sin justa causa por \$12.488.889
- Por salarios correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2015 la suma de \$4.066.950

Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la parte demandada, teniendo como agencias en derecho la suma de \$5.000.000.

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

“Que el primer problema jurídico se circunscribe en determinar si entre las partes existió un único contrato entre el 1 de marzo de 2007 y el 8 de enero de 2016, o si por el contrario fueron varios contratos desde el 22 de septiembre al 31 de diciembre de 2007, del 1 de enero a 31 de diciembre de 2008, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2009, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2010 y del 5 de enero de 2011 al 8 de enero de 2016; la parte demandante sostiene que fue un único contrato y la dda sostiene que fueron los contratos antes mencionados; no hay controversia que el vínculo fue de orden laboral y a la prestación efectiva del servicio, pues así fue aceptado por la parte demandada, encontrando inconformidad en lo relativo a la modalidad contractual, y a los extremos de la relación laboral; que a folios 20 a 24 obran liquidaciones emitidas por la dda donde se advierte como fecha de ingreso y de



**Proceso Ordinario Laboral 22 – 2017 – 0728 – 01 DTE: JONATHAN MAURICIO VARGAS
LOVERA DDO: BOGOTA FUTBOL CLUB S.A.**

retiro 22 de septiembre del 31 de diciembre (sic) de 2007 del 1 de enero al 31 de diciembre de 2008 y del 1 de enero al 31 de diciembre de 2009, y de igual manera para los años 2010 y 2011; que a folios 10 a 13 del plenario obra contrato a término indefinido suscrito entre el 5 de enero de 2011 entre las partes a través del cual fue vinculado el dte para ejercer el cargo de gerente operativo, que por lo anterior, la parte dda únicamente cuenta para soportar que lo que existieron entre las partes fueron varios contratos lo son las liquidaciones antes referidas sin que dentro del proceso obre los contratos y el término previsto para cada uno de ellos, siendo necesario, tratándose de contratos que afirma la dda lo fueron a término fijo conforme el artículo 46 del CST, que en caso de haber sido aportados los contratos respectivos nos enfrentaríamos a la posible existencia de contratos sucesivos los cuales a su vez hacen presumir un contrato único, como lo ha expresado la Corte en su Sala Laboral en sentencias de julio 19 de 1977 ratificada en sentencia de agosto la 588... la número 5 del año 88 y en enero la número 19 del año 89, encontrándose en cabeza del demandado, en este caso, demostrar con total claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro y la causa para el cambio del objeto que haga distinta la vinculación jurídica, situación que no puede siquiera... por el despacho, Maxime cuando se evidencia que el actor fungió como gerente deportivo; que así mismo, conforme la certificación a folio 11 del plenario del 22 de agosto de 2011 y suscrita por el presidente de la dda y no desconocida por la misma al interior del presente proceso consigna que el actor se encuentra vinculado a dicha sociedad desde marzo del 2007 hasta la fecha de misión del mismo a través de un contrato a término indefinido, bajo ese panorama y en atención al principio constitucional de la realidad sobre las formas, a esta juzgadora le es posible establecer que lo que existió entre las partes fue un único contrato a término indefinido frente a lo cual los extremos laborales conforme las certificaciones antes citadas y al no entenderse un día cierto en la misma, nos lleva a establecer en aplicación directa de la postura jurisprudencia que en caso de iguales contornos el dte laboró siquiera un día en el mes de marzo de 2007, esto es el 31 de marzo de 2007, que se tendrá como extremo inicial y teniendo como fecha final hasta el 8 de enero de 2016 conforme el último contrato, conforme la última liquidación que aporta la parte demandada; sobre el salario realmente devengado por el actor, el juzgado resuelve la tacha a la testigo Luis Alejandra Gaitán que propone la parte demandada ya que esta tiene demanda en contra de la demandada y que por esa razón su testimonio no es objetivo posición que no comparte este despacho, ya que el testimonio fue claro, además que presentar una demanda no le quita objetividad, que lo que se discute son los derechos de Jonathan no de ella, ni siquiera se conoció exactamente si son los mismos hecho o pretensiones, ni cual fue el motivo, por lo que dicho testimonio no pierde credibilidad para este despacho y se declara no probada la tacha propuesta por la parte demandada. Que respecto al salario, conforme el artículo 127 del CST es salario todo lo que recibe el trabajador en salario o en especie como contraprestación directa del servicio sea cualquiera la forma la denominación que se adopte, que si un pago se dirige a retribuir un servicio prestado es salario no importa la figura jurídica o contractual utilizada lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o de la mera disposición de la fuerza de trabajo, teniendo en cuenta el principio de la primacía de la realidad carácter salarial; que conforme la sentencia SL 1798 del 2018, en cuanto al salario el dte afirma que recibió como salario la suma de \$2.000.000, y la dda que este percibió siempre un salario mínimo de cada época, lo que sustenta con las liquidaciones que allegó; que el dte de manera reiterativa indicó en el interrogatorio que siempre devengó un total de 2 millones de pesos cuyo pago se hacía de manera directa y que el salario mínimo que aparece en el contrato de



**Proceso Ordinario Laboral 22 – 2017 – 0728 – 01 DTE: JONATHAN MAURICIO VARGAS
LOVERA DDO: BOGOTA FUTBOL CLUB S.A.**

trabajo suscrito el 5 de enero de 2011 folios 10 a 13 y certificados de folios 17 a 18 obedecieron solo a un acuerdo con su empleador para la UGPP para los reportes que tenía que hacer la dda, quien así se lo había solicitado sin que dicha suma correspondiera al valor realmente devengado, lo que también fue manifestado en la declaración de José Suarez Tavera al indicar que también fue conminado a firmar planillas por un salario mínimo cuando su salario era ostensiblemente mayor; que su dicho se acompasa con el certificado laboral de folio 12 donde se consignó como salario la suma de 2 millones de pesos, suma que se advierte se mantuvo en el tiempo pues así fue indicado por Luisa Alejandra Gaitán Rivera quien señaló que ingreso a laborar con la demandada en el año 2013 y se desvinculó en el año 2014 tiempo en el cual trabajó de manera directa con el señor demandante razón por la cual indicó que le consta que el dte devengaba un salario por 2 millones de pesos, que lo vio en un documento y que además se encontraba presente cuando le cancelaban de manera personal a cada uno de los trabajadores directamente las sumas de sus salarios que en el caso del actor correspondía a 2 millones de pesos; que en tales condiciones se tendrá que durante la relación de trabajo el dte devengó la suma de 2 millones de pesos, pues la parte dda no logró acreditar por qué emitió un certificado donde manifestaba que el salario devengado por el actor era la suma de 2 millones de pesos; se limitó a manifestar al respecto que hubo una equivocación pero allegó una prueba que eso hubiese sido así; que si bien la carga de la prueba le corresponde a la parte demandante demostrar el salario realmente devengado, para que este no se presuma que fue el smmlmv esa carga de la prueba se le invirtió a la parte demandada a que demostrara sin lugar a dudas y sin lugar a equívocos para esta jueza cual fue la razón por la cual emitió dicha certificación y que como eso no sucedió en el presente asunto, este juzgado con las declaraciones de los demás testigos sobre todo con el de María Alejandra considera que el salario que realmente devengó el actor fue la suma de 2 millones de pesos. Prestaciones legales y reglamentarias con el estudio continuo de la prescripción. Las cesantías que el termino prescriptivo empieza a correr desde la terminación del contrato, esto es, desde el 8 de enero de 2016 y la demanda se interpuso el 9 de noviembre de 2017 por lo que las cesantías no prescribieron, ya que a la terminación de la relación laboral y la demanda que es objeto de estudio no transcurrieron los tres años y por lo tanto la demandada debió cancelar las siguientes sumas de dinero: desde el 31 de marzo de 2007 hasta el 8 de enero de 2016 se causó un total de cesantías de \$17.572.222; que por parte de la demandada se canceló un total de 4 millones 830 mil 098 pesos, es decir, se adeuda \$12.742.124; intereses a las cesantías, que regulados a través del artículo 1 de la ley 52 de 1975 y el decreto 116 de 1976 establece que se pagará el 12% de los saldos que el trabajador tenga al 30 de diciembre de cada año, los cuales deben cancelarse a mas tardar al 31 de enero del año siguiente, que los intereses a las cesantías causados desde el año 2007 al año 2012 prescriben el 31 de enero de 2016 ya que el empleador podía cancelarlos hasta el 31 de enero de 2013 y es desde allí que comienza el término prescriptivo así mismo respecto de los intereses causados en el año 2013 prescriben el 31 de enero de 2017, pues el empleador podía cancelarlos hasta el 31 de enero de 2014 teniendo entonces que declarar probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de la acreencia para los años 2013 hacia atrás pues se reitera que la demanda se interpuso el 9 de noviembre de 2017, no obstante no ocurre respecto de los intereses a las cesantías causadas en el año 2014 y siguientes por cuanto el término prescriptivo de aquellas fenecía el 31 de enero de 2018, en tales condiciones por dicho concepto se adeuda: desde el 1 de enero de 2014 hasta el 8 de enero de 2016 la suma de \$480.119 cancelándose por dicho concepto por la dda \$88.248, lo que



**Proceso Ordinario Laboral 22 – 2017 – 0728 – 01 DTE: JONATHAN MAURICIO VARGAS
LOVERA DDO: BOGOTA FUTBOL CLUB S.A.**

genera un pago por \$391.871; prima de servicios: que respecto la prescripción de la prima de servicios entre el año 2007 y el primer semestre del año 2014 se advierte que se encuentra prescritas por tanto su reclamación debió ser máximo el 30 de junio de 2017 lo cual aconteció solo hasta el 9 de noviembre de 2017; que las mesadas del segundo semestre del año 2015, del año 2014 al año 2016, no corren la misma suerte, pues respecto del segundo semestre del año 2014, debió cancelarse el 20 de diciembre de 2014 teniendo entonces hasta el 20 de diciembre de 2017 para reclamarlas y que como se ha dicho la demanda se interpuso el 9 de noviembre de 2017, esto es, un mes antes para que operara el fenómeno prescriptivo, conforme lo anterior la parte dda debe por concepto de primas de servicios desde el 1 de julio de 2014 hasta el 8 de enero de 2016 la suma de \$3.044.444 menos \$735.398 para un total de \$2.309.046; vacaciones, las causadas entre el año 2007 y el año 2012 se encuentran prescritas pues la tenía hasta diciembre de 2013 para señalar el disfrute de estas, por lo que desde enero de 2014 comenzaba a prescribir el término de los tres años para que prescribiera el derecho es decir que prescribía el 30 de diciembre de 2016 y la demanda tuvo lugar el 9 de noviembre de 2017, es decir, posterior a dicha fecha, no obstante las causadas del año 2013 en adelante no fueron cobijadas por el fenómeno prescriptivo razón por la cual deben ser reconocidas, que desde el 1 de enero de 2013 hasta el 8 de enero del año 2016 se causó como vacaciones en dinero \$3.022.222 se canceló un total de \$602.764, se adeuda la suma de \$2.419.459; aportes a pensión, que acreditada la relación de trabajo en los extremos indicados surge la obligación de cotizar al sistema general de pensiones por parte de la demandada, se ordenará el pago del calculo actuarial por aportes a pensión causado desde el 31 de marzo de 2007 hasta el 8 de enero de 2016 teniendo en cuenta como IBC la suma de \$2.000.000 a satisfacción de la entidad del fondo al que se encuentre afiliado el demandante, conforme lo señala el inciso 2 del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 representado por un bono o título pensional calculado conforme lo dispone el decreto 1887 de 1994 y 1748 de 1995; sobre el despido indirecto constituye para el trabajador la obligación al trabajador que termina unilateralmente el contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 62, 63 y 66 del CST manifestar al empleador en su momento la causal o motivo de esta determinación expresando motivos específicos y concretos de las causas de la decisión de dar por terminada la relación contractual, para que la otra parte conozca las razones de finalización unilateral del contrato, sentencia del 26 de junio de 2012 radicado 44155 entre otras, que a folio 16 obra la misiva del despido indirecto en la que se señala: por medio del presente escrito le comunicó que he decidido dar por terminado irrevocablemente el contrato de trabajo desde el 1 de marzo de 2007 por justa causa imputable al club, que la causal por parte del trabajador se basó en los siguientes hechos: incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador de sus obligaciones convencionales o legales y la no cancelación oportuna del salario, se colige en síntesis que el motivo de renuncia fue en efecto el incumplimiento por parte del empleador de sus pagos, frente a ello el despacho advierte que en el presente asunto si bien a folio 125 a 129 se advierte el pago de los salarios de octubre a noviembre de 2015 los cuales reclamó en su renuncia lo cierto es que conforme a las resultas del proceso es posible corroborar lo consignado por el dte en la carta referente al incumplimiento de las obligaciones laborales, ya que el salario del actor fue la suma de 2 millones y comoquiera que el trabajador laboró 8 años 10 meses y 12 días, le corresponde por concepto de indemnización de 12 millones 488.889 pesos, que por el primer año 2 millones de pesos, del segundo al 8 la suma de 9 millones 333.333 y por los 312 días restantes 1 millón 155.556; indemnización moratoria del artículo 65 del CST e indemnización de



**Proceso Ordinario Laboral 22 - 2017 - 0728 - 01 DTE: JONATHAN MAURICIO VARGAS
LOVERA DDO: BOGOTA FUTBOL CLUB S.A.**

la no consignación de cesantías a un fondo, que su procedencia no es automática, que la Corte en la sala de casación laboral ha dicho que estas proceden cuando en el marco de un proceso el empleador no aporte razones que justifiquen su conducta omisiva SL3936 del 2018; que el actuar de la demandada no se ajusta a los parámetros eximentes de este tipo de sanciones, ya que la demandada además que hizo pagos por una suma inferior a la realmente devengada por el actor no procedió a efectuar los pagos en los tiempos correspondientes con los cuales no logró probar que actuó de buena fe frente a las obligaciones que surgieron a favor del demandante, téngase en cuenta que es la demandada quien debe demostrar actos de buena fe, lo que en el presente caso no aconteció no hay hechos demostrativos de tal situación, máximo cuando en las consideraciones de esta sentencia se logró demostrar que la parte dda ocultó parte del salario y pretendió hacerlo ver como un salario mínimo, ya que conforme los testimonios y el documento aportado con el cual se acreditó que el salario correspondió a la suma de 2 millones de pesos, lo que si quedó demostrado fue la mala fe a tal punto que no hubo razones justificativas del por qué el ddo, adujo durante la contestación, durante las liquidaciones que fue la suma de un salario mínimo cuando existen pruebas que lograron desvirtuar su dicho, que por ello esta mas que demostrado la mala fe por parte del empleador, se condenará al pago de la sanción por la no consignación de las cesantías desde el año 2007 a razón de un día de salario: del 15 de febrero de 2008 al 14 de febrero de 2009, 15 de febrero de 2009 al 14 de febrero del 2010, desde el 15 de febrero de 2010 al 14 de febrero de 2011, desde el 15 de febrero de 2011 al 14 de febrero de 2012, sin que dicha sanción pueda aplicarse respecto de los años 2011 a 2013 ya que el dte solicitó su entrega directa para estudio como aparece en las solicitudes que obran a folios 92 a 95 del plenario; que del año 2014 irá desde el año 2015 15 de febrero hasta el 8 de febrero de 2016, sin que haya lugar a imponer sanción por el año 2015 ya que no surgió la obligación del empleador de consignarlas sino de pagarlas en la liquidación correspondiente, se reitera que el salario para pagar las anteriores sumas es de 2 millones de pesos, que corresponde a 66 mil 666 pesos diarios para un total de 117 millones 800 mil pesos; que respecto de la indemnización moratoria comoquiera que devengaba la suma de 2 millones de pesos, la misma procede a partir del 9 de enero de 2016 y hasta el 7 de abril de 2016 ya que para esa data fue notificada la consignación efectuada por prestaciones sociales por parte de la demandada al domicilio del dte esto es en la calle 6 a ... perdón ... en igual sentido se condenará al pago de la indemnización moratoria a partir del día siguiente del trabajo a partir del 9 de enero de 2016 y hasta el 8 de enero de 2018, que si bien el 7 de abril de 2016 la demandada consignó por prestaciones sociales ante el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá conforme el folio 77 la suma de 5 millones 933.333 pesos lo cierto es que dicha suma de dinero no es la totalidad de los dineros adeudados por prestaciones sociales del dte, la cual va hasta el momento en que se cancele la totalidad de las prestaciones sociales ordenadas, ya que luego del 8 de enero de 2018 se cancelaran los intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente conforme la superintendencia financiera; que en vista del resultado de la sentencia se tiene probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada. Costas a cargo de la demandada en la suma de 5 millones de pesos.



APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

“Me permito interponer recurso de apelación; en primer lugar, respecto del salario devengado por el actor, que lo que lleva al juzgado a concluir que el demandante devengó durante toda la relación laboral la suma de \$2.000.000, fue el testimonio de Luisa Gaitán, que como el juzgado lo manifestó fue una persona que había prestado sus servicios para el club desde el año 2013 luego no entiendo como usted deduce, uno, que el salario haya sido de 2 millones de pesos y que lo devengó durante toda la vigencia de la relación laboral, que con ese testimonio solo habría podido el juzgado que para el 2013 o 2014 en adelante ese fue el salario del dte pero no durante toda la vigencia del contrato de trabajo, que la testigo no tenía certeza de la suma que era recibida por el dte, manifestó que le contaban; que el testimonio del señor Tavera dijo que no sabía, que le contaban cuál era el salario, que es contradictorio cuando señala que el salario del dte era de 3 o 4 millones; que respecto de la certificación que dice fue expedida acerca del valor del salario de 2 millones de pesos por parte del señor Felipe Trujillo, fue un error, tal como se dejó en la contestación de la demanda, que el juzgado dice que con base en ese documento el salario fue ese durante toda la relación laboral, que el error consiste en que no se analizó el contenido de la certificación, que no allí no dice desde cuando se devengó ese salario; reitera que la juez se equivoca al señalar que la dda no desvirtuó esa certificación, que llama la atención que se omitió señalar la prueba aportada con la contestación de la demanda, como son las certificaciones de salarios que el mismo señor Felipe Trujillo le aportó a la UGPP y que en esa certificación que fue dirigida a una autoridad estatal con fines de fiscalización se daba fe que el salario devengado por el demandante no era 2 millones de pesos, sino era un salario mínimo, que la juez desconoció ese elemento probatorio y que por el contrario se limitó a señalar que no se había cumplido con la carga probatoria; que la juez dijo que la dda no probó cual era el salario, al tiempo que omite la prueba documental de la contestación de la demanda en donde aparecen los comprobantes de nómina en donde el actor plasmaba su firma respecto del salario mes a mes y el valor devengado por concepto de salario, insisto llama la atención que usted señora juez pase por inadvertido todos esos elementos que son prueba documental de cual fue el salario. Que el juzgado tampoco se refirió a las liquidaciones firmadas año a año, firmadas por el actor y donde se acredita el valor del salario que devengó el dte durante cada uno de los contratos; que en el expediente lo que reposa es una cantidad de pruebas de cual fue el salario devengado equivalente a un mínimo; que el juzgado no analizó que si desde el 2007 es contratado con un valor de 2 millones de pesos termina su relación laboral en el 2016 con el mismo valor del salario sin pedir reajustes, aumentos, eso es algo que debió llamar la atención y que fue señalado en los alegatos de conclusión y que usted omitió referirse en el fallo, que por todo lo anterior, es evidente que lo devengado durante todos los contratos de trabajo fue de un salario mínimo, y no hay elementos para concluir que fue de 2 millones de pesos y mucho menos que fue durante toda la relación laboral; que teniendo en cuenta ese salario no habría lugar a las condenas de prestaciones sociales, reliquidación de aportes al sistema de seguridad social y mucho menos a la indemnización por despido indirecto, porque se comprobaría que la dda siempre le pagó las obligaciones que tenía con el trabajador; que frente a la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se desconoce el



**Proceso Ordinario Laboral 22 – 2017 – 0728 – 01 DTE: JONATHAN MAURICIO VARGAS
LOVERA DDO: BOGOTA FUTBOL CLUB S.A.**

precedente de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, ya que el fallo dice que se condena a la misma por todas las cesantías que no se consignaron durante la vigencia de la relación laboral, con lo que se desconoce que la Corte ha señalado que la indemnización moratoria de la Ley 50 de 1990 si prescribe desde el momento en que se causa la obligación de consignación a diferencia de las cesantías, que como lo señaló el juzgado el término de prescripción empieza a contabilizarse desde la finalización del contrato de trabajo, que para señalar este gran error cita la sentencia radicado 70892 del 3 de diciembre de 2019 en donde la Corte dice al respecto que, la prescripción no corre de igual forma de las cesantías y de la indemnización por la falta de su consignación, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la indemnización se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prescripción, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al año causado y que se omitió consignar; que por lo citado insisto en que llama la atención que imponga una sanción desconociendo el precedente de la Corte respecto de la prescripción, por algo adicional, el fallo es claro en señalar que respecto de las cesantías del año 2011 a 2015 no operaba la sanción porque daba validez a que el dte había solicitado las cesantías para su formación profesional y por lo tanto respecto de esos años no procedería la sanción y la de 2015 porque no había surgido la obligación, luego, si concluye que respecto de esos años no procede la sanción moratoria del art 99 de la ley 50 de 1990, debía haber concluido que todas las sanciones anteriores al año 2013 se encontraban prescritas; que incurre en otro error muy grave en el fallo, y es que usted al parecer no dejó de contabilizar la sanción moratoria a la finalización del contrato de trabajo, la que corre durante la vigencia del contrato de trabajo y se suspende una vez finaliza; por lo anterior, la sanción es impropia, y que los años 2011 a 2015 no procedía esta sanción y teniendo en cuenta eso todas las sanciones anteriores al año 2013 se encuentran prescritas por el precedente que señale claramente de la Corte; que respecto de la sanción del artículo 65 del CST usted desconoció todo el material probatorio que había en el expediente, por ejemplo que los eran de oídas, que era el dte quien acreditaba con su firma lo que estaba recibiendo y pagando, lo que no puede llevar a un mala fe de la dda, porque por el contrario el dte consintió y plasmó durante muchos años todo lo que estaba recibiendo y los valores que recibía de conformidad; es que usted desconoce que el dte oba de mala fe, que en la demanda se dice que él nunca recibió el pago por depósito judicial de salarios y lo probamos y el juzgado omite pronunciarse se esa falta de la verdad del dte; que por último, respecto de los contratos de trabajo, es evidente la existencia de varios, y dos, la fecha de inicio que dio es equivocada, porque no inicio el 31 de marzo de 2007, porque la única prueba que hay es un poder que se da, que una facultad más no implica el cumplimiento de una función y usted deriva adicionalmente que puede existir la relación laboral con una certificación, que quedó probado que obedeció a un error, que la propia persona que la emitió después certificó otras realidades a la UGPP, que de los documentos, liquidaciones, se evidencia que existieron varios contratos de trabajo todos debidamente liquidados donde el dte firmaba en señal de aceptación que le era cancelado todo; solicito al Tribunal se absuelva de todas las condenas impuestas en el fallo y revoque el mismo.



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que obedecen en síntesis a: primero, a la declaración de un solo contrato de trabajo, ya que considera que lo fueron varios; y segundo, frente a la determinación salarial de \$2.000.000.

En primer lugar, frente a la determinación de la cuantía del salario realmente devengado por el actor, se tiene que el juzgado de instancia arribó a la conclusión que lo había sido en la suma de \$2.000.000 durante toda la vigencia del contrato, al no lograr desvirtuar la convocada lo señalado en la certificación visible a folio 14 del plenario, y que, para efectos de contextualizar la decisión, se cita a continuación:

(...)

“El señor JONATHAN MAURICIO VARGAS LOVERA identificado con C.C. 80.808.811, se encuentra vinculado con nuestra institución desde el mes de marzo de 2007, hasta la fecha con un contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de Gerente Deportivo del equipo profesional de fútbol de la primera B, con una asignación mensual laboral, de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) M/CTE.

La presente se expide por solicitud del interesado a los 22 días del mes de agosto de 2011.

*Cordialmente,
Felipe Trujillo Hormaza
Presidente*

(...)



Además del anterior medio probatorio, el a quo tuvo en cuenta que el demandante en el interrogatorio de parte fue reiterativo en afirmar que su salario siempre había sido de \$2.000.000; aunado a las declaraciones testimoniales de los señores José Suarez Tavera y Luisa Alejandra Gaitán, ya que el primero, manifestó que, al igual que el promotor, también había sido conminado a firmar planillas por un salario mínimo cuando su salario era ostensiblemente mayor, y la segunda, indicó que le consta que el señor Vargas Lovera devengaba un salario por 2 millones de pesos, que lo vio en un documento y que además se encontraba presente cuando le cancelaban de manera personal a cada uno de los trabajadores directamente las sumas de sus salarios que en el caso del actor correspondía a 2 millones de pesos.

En este punto, la Sala considera necesario hacer varias precisiones en materia de pruebas, por un lado, frente a lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte, sabido es que la finalidad principal de dicho medio es lograr la confesión, la que a su vez, exige como requisito para su configuración que, ésta verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezca a la parte contraria (SL1114-2021), por ende, lo dicho por el promotor en tal sentido por el promotor no podía generar consecuencias a su favor.

En el caso de los testimonios, si el señor José Suarez Tavera indicó que al igual que el demandante, también había sido conminado a firmar planillas por un salario mínimo cuando su salario era ostensiblemente mayor, lo cierto es que daba cuenta de hechos propios, que no tenían como protagonista al actor, puesto que, adviértase que la declaración adolece de afirmación alguna en el sentido de presenciar que el señor Vargas Lovera



haya sido conminado a ello, y menos que haya respaldado su testimonio en ese aspecto.

Ahora, conforme el testimonio de la señora Luisa Alejandra Gaitán, llama la atención que la juez no desconoce que la testigo manifestó haber laborado al servicio de la demandada entre el año 2013 a 2014, y aun así, consideró que la prueba era procedente para acreditar que el actor había devengado la suma de \$2.000.000 durante toda la vigencia del contrato, esto es, desde el año 2007 a 2016, punto que, en principio, la Sala encuentra razón en el recurso y los alegatos allegados, en tanto que, si consideraba que el testimonio era conducente para probar el hecho, lo cierto es que éste únicamente se probaba, por lo menos, para las anualidades en que la ex trabajadora estuvo al servicio de la convocada, es decir, para los años 2013 y 2014, y aunado ello, sin conocer con exactitud las fechas de uno y otro.

En lo que tiene que ver con la certificación ya referida, y que también sirvió en primera instancia, no solo para determinar el valor del salario declarado, sino también el extremo inicial de la relación de trabajo, la Sala no desconoce que, en cuanto al valor probatorio de las certificaciones expedidas por el empleador, se debe tener como hecho cierto el contenido de las mismas sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, y que la carga de probar en contra de lo certificado corre por su cuenta (SL2728-2021).

Sin embargo, en el presente caso, tampoco puede desconocerse que la demandada incluyó dentro de las excepciones su oposición a la validez de ese documento, situación que en principio, le obligaba a desvirtuar lo allí consignado, pues no basta que afirme que la misma se dio por error, y aunque no se observa una actividad probatoria exitosa en tal sentido por la



demandada, de todas maneras, lo expresado en mentada certificación entra en abierta contradicción con los demás medios probatorios allegados al proceso por las partes, que no permiten que dicha prueba pueda apreciarse como un acto consiente del ex empleador, representado en ese momento, por el Felipe Trujillo Hormaza, quien la suscribió en calidad de presidente de la Corporación Deportiva Bogotá Fútbol Club.

Tales falencias le restan credibilidad a la certificación, como son: primero, a folios 10 a 13 obra contrato de trabajo, que también aporta la demandada junto con la contestación, suscrito entre el demandante y la sociedad encartada, con fecha de inicio del 5 de enero de 2011, entonces se pregunta el Tribunal, ¿si el demandante insiste en la declaración de la relación laboral desde el año 2007, fecha a partir de la cual también se solicita que el salario lo fue en la suma de \$2.000.000, por qué para el año 2011 el demandante pacta y acepta que su salario correspondía a un smlmv?, además que también acompañó la demanda con dos certificaciones más que obran a folios 17 y 18, expedidas con posterioridad a la finalización del vínculo laboral, esto es, en los meses de febrero y septiembre de 2016, en las que por parte de la demandada informa que en vigencia de la relación laboral el actor devengó como salario el equivalente al smlmv.

Aunado a lo anterior, en las diferentes liquidaciones de prestaciones sociales (fls.20 a 24, 81 a 85, 92, 94, 96, 97, 100 a 103, 107 a 111, 112, 146 y 148) desde el año 2007 se observa que los cálculos siempre se hicieron con base en el smlmv, lo que llama la atención en el sentido que el actor, no acredita que haya elevado reclamaciones en tal sentido, ni siquiera en el escrito de renuncia motivada que reproduce en el hecho 19 de la demanda, con la que alega el presunto despido indirecto, que incluso el juzgado despachó



desfavorablemente al advertir que la empleadora no había cesado en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo registró el actor en la comunicación del 14 de enero de 2016 (fl.16)

Por todo lo anterior, en atención a la carga dinámica de la prueba le incumbía al demandante probar el valor del salario en el que insiste realmente devengado, sin que sea relevante entonces, que el empleador deba desvirtuar el contenido de la certificación que llevó al a quo a declarar el salario en la suma de \$2.000.000, porque recuérdese que la principal prueba que le llevó a ese convencimiento a la juez fue precisamente la mentada certificación.

Así las cosas, lo que se logra evidenciar de la realidad del proceso, es que el salario devengado por el actor siempre fue equivalente al smlmv para cada anualidad, y en tal orden de ideas, se revocaran las condenas proferidas teniendo en cuenta como salario la suma de \$2.000.000.

Por otro lado, en lo que refiere al segundo de los puntos de apelación, esto es, a la determinación del extremo inicial y al único contrato de trabajo declarado, comienza la Sala por razones de orden metodológico con el análisis de la unidad contractual; para ello, téngase en cuenta que al interior de la jurisprudencia laboral de la Sala de Casación, persiste el criterio en el sentido que las soluciones de continuidad cortas o por días, no desvirtúan la unidad contractual, mientras que las interrupciones amplias, relevantes o de gran envergadura si lo hacen (SL2736-2020).

En el presente caso, la demandada reconoce, en respuesta al hecho primero de la demanda, la existencia de cinco vínculos laborales, así:



- Contrato de trabajo: fecha de inicio: 22 de septiembre de 2007 – fecha de finalización: 31 de diciembre de 2007
- Contrato de trabajo: fecha de inicio: 1 de enero de 2008 – fecha de finalización: 31 de diciembre de 2008
- Contrato de trabajo: fecha de inicio: 1 de enero de 2009 – fecha de finalización: 31 de diciembre de 2009
- Contrato de trabajo: fecha de inicio: 1 de enero de 2010 – fecha de finalización: 31 de diciembre de 2010
- Contrato de trabajo: fecha de inicio: 5 de enero de 2011 – fecha de finalización: 8 de enero de 2016

Y teniendo en cuenta lo anterior, en la demanda se solicita la declaración de un único contrato laboral a partir del día 1 de marzo de 2007 hasta el 8 de enero de 2016, por lo que, en concordancia con el criterio jurisprudencial antes citado, el recurso no sala adelante en lo que tiene que ver con la unidad contractual, la cual logra acreditarse, por lo que no hay lugar a declarar varios contratos de trabajo, siendo que entre uno y otro no transcurrió ni siquiera un día, salvo entre el 31 de diciembre de 2010 y el que se comenta que empezó el 5 de enero de 2011, tiempo que no es suficiente para considerar que hubo solución de continuidad.

Por último, en lo referente al extremo inicial de la relación de trabajo, recuérdese que la juez para considerar el día 31 de marzo de 2007, tuvo en cuenta lo consignado en la pluricitada certificación, que como quedó visto, su contenido tampoco refulge claro en punto a la vigencia de la relación de trabajo, y menos, si se tiene en cuenta que el actor, así como no se opone a la certificación en la que se relaciona el valor del salario que intenta



hacer valer, tampoco lo hace frente a las certificaciones visibles a folios 15, 17 y 18, en las que se incluye como fechas de inicio, en una, el 24 de mayo de 2007 (fl.15), y en otras, el 1 de febrero de 2010, por consiguiente, ante la falta de certeza y contradicción al respecto, el documento que resulta ser conducente a fin de determinar el extremo inicial del contrato de trabajo y que aportan ambas partes, no es otro que la liquidación de prestaciones sociales correspondiente para el año 2007 (fls.20 y 81), en la que se registra como fecha de ingreso el día 22 de septiembre de 2007, teniendo en cuenta que en la liquidación que se presenta a folio 20 junto con la demanda corresponde al documento original y que el actor firma como aceptación.

En consecuencia, el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia se modificará en el sentido que, el contrato de trabajo existió entre el día 22 de septiembre de 2007 hasta el 8 de enero de 2016, y no como quedó desde el día 31 de marzo de 2007.

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: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia en el sentido de DECLARAR que el contrato de trabajo a término indefinido existió entre el día 22 de septiembre de 2007 hasta el 8 de enero de 2016, y no como quedó



desde el día 31 de marzo de 2007, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales SEGUNDO, CUARTO Y QUINTO de la sentencia, para en su lugar, ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en contra en la demanda, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

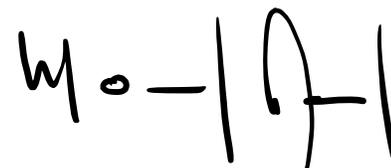
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 22-2018-587-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUCY STELLA QUIROGA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor SANTIAGO BERNAL PALACIOS, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades demandadas y el extremo demandante, que solicita se confirme la sentencia de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora LUCY QUIROGA NAVARRO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación que realizara en septiembre de 1996 a la AFP Porvenir S.A., por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

incumplimiento de los deberes legales de información, los que generaron un vicio en su consentimiento, que se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones, que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y es beneficiaria de pensión a partir del 27 de agosto de 2013, como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Porvenir a registrar en su sistema que su afiliación es nula y se le condene a trasladar a favor de Colpensiones por ella efectuados en dicho régimen, junto con rendimientos y a esta última a activar su afiliación. (fls. 92).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de agosto de 1958 e inició a cotizar a favor del ISS en el año de 1977, contando a 1 de abril de 1994 con más 35 años de edad, indica que el 30 de septiembre de 1996, la AFP Porvenir la persuadió para que se afiliara a dicha administradora haciéndole suscribir formulario de afiliación, que para dicha anualidad su salario ascendía a la suma de \$290.000, que contaba con una expectativa legítima pensional al momento de su traslado ya que era beneficiaria del régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993, que durante su afiliación al RAIS, Porvenir nunca puso en su conocimiento que con dicho traslado perdería el régimen de transición del que era beneficiaria, no le indicó las ventajas de permanecer en el RPM, ni le explicó la naturaleza del RAIS como de capitalización; no recibió asesoría profesional y completa acerca de las diferentes alternativas de elección de régimen pensional, no se le indicó sobre la posibilidad de retornar al RPM ni que contaba con el derecho de retracto.

Señala que conforme su historia laboral a 25 de julio de 2005, había cotizado más de 750 semanas y alcanzó los 55 años de edad el 27 de agosto de 2013, que elevó el 12 de mayo de 2009 ante Colpensiones solicitud de afiliación a dicha entidad diligenciando el formulario respectivo y el 2 de septiembre de dicha anualidad, eleva ante Porvenir solicitud de dar gestión a su petición de traslado y enviar sus cotizaciones a Colpensiones, a lo que esta administradora le manifiesta que el ISS no ha gestionado ninguna solicitud



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de traslado; refiere que al evidenciar inconsistencias en su afiliación solicitó el 29 de marzo de 2010 ante Porvenir definir su caso en el Comité de Multiafiliación, respecto de lo cual esta última le informó en julio de 2010 que se había presentado conflicto de multiafiliación y al ser definido el mismo, se determinó que se encontraba afiliada al entonces ISS, razón por la cual, solicitó se efectuara el traslado de aportes a favor de esta última entidad.

Afirma que solicitó ante Porvenir en el año 2018 proyección pensional, conforme a la cual esta le indicó que su mesada pensional para la anualidad en mención, ascendería a \$781.242, que volvió a elevar solicitud de traslado a Colpensiones y Porvenir negó dicho traslado argumentando que no cumplía con los requisitos previstos en las sentencias C – 789 de 2002 y C 1024 de 2004, que igualmente elevó de nuevo solicitud ante Colpensiones para que se mantuviera su afiliación al régimen que esta administra y se le reconociera derecho pensional, que a la fecha cotiza sobre un IBC de \$1.758.000 y de pensionarse por parte de Porvenir S.A., su mesada pensional disminuiría de manera ostensible. (fls. 88 a 92).

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 9, 16 a 19, 34 a 36 y 40; y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada. (fl. 134).

Por su parte, Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 3, 5, 8, 16, 20 a 32, 38 y 40, manifestó no constarle los No. 15, 18, 19, 34, 36 y 39 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa. (fl. 179).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS el 30 de septiembre de 1996; como consecuencia, ordeno a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración; ordenando a esta última, recibir los mismos y ajustar la historia laboral de la demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir S.A. (fl. 294).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

Sobre la ineficacia del traslado al RAIS, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083 del 3 de septiembre de 2014, radicado 46292 del 18 de octubre de 2017, SL17595 y la más reciente SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852, en lo que la información de las AFP deben suministrar a sus afiliados, en esta última indica: desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores reglas del mercado. En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte; de allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y formadas en la ética del servicio público. Con estos argumentos la sala ha defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Según se pudo advertir del anterior recuento las AFP desde su creación tenían el deber de brindar a los afiliados o usuarios del sistema a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesario al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Lo anterior es relevante pues implica la necesidad por parte de los jueces de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. Así mismo, en cuanto al simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación, dicha corporación en proveído en comentario expresó: "Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado; la Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones preimpresas consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones u otro tipo de leyendas de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

este tipo o aseveraciones, los cuales no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”; de esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes de hacer un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. Ahora, en lo referente a la carga de la prueba, expone la corte que la misma se invierte a favor del afiliado a saber. Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quien le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando ello se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, en consecuencia, si se arguye que la afiliación la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligación de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En este sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta, entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que si la brindó, dado que es quien está en la posición de hacerlo. En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de lo que se sigue que es el fondo de pensiones al que le corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado del régimen pensional.

Finalmente, en lo atinente a la nulidad del traslado, solo para las personas que están ad portas de causar el derecho o ya lo causaron, la corporación de cierre en la especialidad laboral en la sentencia en comento, refirió, “tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que la accionante se trasladó del RPM al RAIS el 30 de septiembre de 1996, bajo tal perspectiva, es claro que la carga de la prueba le correspondía a Porvenir S.A., debiendo demostrar cuál fue la información brindada a la demandante en la anualidad en mención; no obstante ello no ocurrió, pues nótese que Porvenir ni siquiera aportó la hoja de vida de quien promovió el traslado de la demandante, para que esta juzgadora pudiese evaluar si contaba con la experticia necesaria para promover dicho traslado, tampoco demostró las capacitaciones que le brinda a sus asesores previo a ser contratados para cumplir este fin, pues brilló por su ausencia un material probatorio de una política clara, de una debida información para el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual. Y no es que esta juzgadora los imponga como tarifa legal para demostrar que en efecto se cumplió con el deber de asesoría, sino que refiere algunas pruebas adicionales a la confesión que pretenden los apoderados se realice por parte de la actora de haber recibido una completa asesoría.

En igual sentido respecto de Colpensiones, tal nulidad implica que esta se obligue a recibir los aportes juntos con rendimientos provenientes de la AFP, como lo indicó la Corte en referida sentencia, reiterada en proveído del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083 y el 3 de septiembre de 2014, radicado 46292, esta última en la cual indicó: “esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al RPM administrado por el ISS, hábida cuenta que de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional, las consecuencias de la nulidad de vinculación del actor a la administradora de pensiones del régimen individual por un acto indebido de esta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley”



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Sobre la excepción de prescripción propuesta por las demandadas ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación, persigue de esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de este a elevar tal solicitud no prescribió.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir**, indicó en su recurso que

En primera medida, es de indicar que la solicitud de traslado de régimen en este caso, se atacó a través de la vía de la nulidad, razón por la cual, correspondía a la parte actora probar que se había presentado algún vicio del consentimiento al momento de la afiliación y no se encuentra tal prueba que permita acceder a la nulidad deprecada, ya que ni en el objeto ni en la causa de dicho negocio jurídico se encuentra que se haya probado situación alguna que de cuenta de la contravención de alguna normatividad del ordenamiento jurídico colombiano, ya que la demandante al momento de traslado contaba con 38 años de edad y por ende no estaba excluida de pertenecer al RAIS, ya que no tenía más de 50 años de edad; de igual manera, la causa de dicho traslado, tampoco estaba prohibida y si lo que se alega es un vicio en su consentimiento, ninguno se probó en el trámite procesal ya que la suscripción del formulario se realizó de manera voluntaria y no existe ningún tipo de presión o constreñimiento para la suscripción del mismo y si se alega un error se debía acreditar la existencia del mismo, probándose que la demandante no tenía claro que lo que pretendía era un cambio de régimen pensional. Asimismo y en dado caso de que lo que se hubiese ventilado en este caso haya sido la ineficacia, tampoco se acreditó una situación que hubiere causado constreñimiento a la demandante para vincularse a otro régimen pensional, siendo claras las consecuencias de dicha ineficacia definidas legalmente, no era dable acudir a la jurisprudencia para establecer cómo debió haberse fallado para el caso concreto en la medida de que no existe vacío normativo al respecto y si lo que se buscaba era la nulidad, debe indicarse que no se puede invertir la carga de la prueba en la medida de que por regla general quien alega algo, le corresponde probarlo, en este caso si era un vicio del consentimiento, le correspondía a la actora probar cuáles eran esas situaciones que le generaron tal vicio.

De igual manera, desde el año 1993 no existía el mismo deber de información que existe hoy, pues para la época como para el año de 1996, se exigía era prestar una asesoría verbal en la que si era información clara, veraz y oportuna sobre las características de dicho régimen, se les mostraba cómo podían consolidar su situación pensional en uno u otro régimen, de tal manera, no resulta de recibo exigir actualmente obligaciones jurisprudenciales que no existían para dicho momento; de igual forma, no se cumple con el requisito alegado de que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, pues ello no se encuentra acreditado, no se puede afirmar que la demandante contaba con más de 15 años de servicios al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a pesar de que tenía más de 35 años, ya que con la vinculación que realiza de manera libre al RAIS, perdía la condición de ser beneficiaria de dicho régimen.

En lo que corresponde a revertir los efectos del traslado de régimen, esto es, la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual para mi representada, pues no hay lugar a la devolución o no considera que sea necesaria o no hay fundamento jurídico para la devolución de los gastos de administración de la cuenta de ahorro individual, toda vez que dichos gastos de administración ya cumplieron la finalidad para la que se encuentran previstos en la Ley, ya fueron apropiados y cubrieron los riesgos de invalidez y muerte para la demandante durante el tiempo que ella estuvo afiliada al RAIS, debiendo ella devolver dichos gastos en caso de que tal traslado se confirme y en lo que corresponde a las primas de seguro, dicha circunstancia se entendería como que sus riesgos no hubieran sido cubiertos, lo que no es cierto ya que se garantizó dicho cubrimiento desde el 96 al 2020, argumento este que fue acogido por la Superintendencia financiera en concepto expedido en 2020.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por último, la Sala Laboral del Tribunal ha manifestado que el sólo hecho de traslado, no determina una circunstancia desfavorable ya que la mesada pensional se va construyendo con el paso del tiempo y dicha consolidación del derecho no se genera al momento del traslado sino cuando se cumplen los requisitos previstos para el efecto. De tal manera al no encontrarse demostrada la existencia de ningún vicio del consentimiento en la voluntad de la demandante al momento de la vinculación al RAIS, se deben desatender las pretensiones de demanda, no siendo procedente la devolución de saldos ordenada y la condena en costas.

Por su parte, **Colpensiones**, recurrió señalando:

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba si bien en estos casos, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que les corresponde a los fondos, en aplicación al artículo 1604 del código civil, se ha dado una aplicación errónea al mismo, ya que este habla de la responsabilidad del deudor y acreedor y en estos casos se está ante un contrato de afiliación en pensión, por lo que es indebido aplicar dicha norma a estos casos, sino que se debe aplicar lo previsto en el artículo 167 del CGP, según el cual, quien alega un supuesto de hecho debe probarlo, no pudiéndose tener como prueba el solo decir de la demandante de no haber recibido la información en el año de 1996, de tal manera acreditar la existencia de una asesoría verbal para dicha anualidad, resulta imposible.

A su vez, la Juez de primer grado manifiesta que Porvenir no allegó las pruebas suficientes, sin embargo la Corte Suprema de Justicia ha indicado que los jueces también tienen el deber de investigar la verdad real y si requería la hoja de vida del asesor podría solicitarla y Colpensiones no tiene en esta clase de procesos la capacidad de probar nada, simplemente debe realizar su defensa en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema que administra, debiéndose trasladar los deberes que trae el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010, que son los deberes del consumidor financiero, debiéndose informar de las condiciones del sistema de pensiones, leer y revisar los términos de los formularios de afiliación, los que no se evidencia se hayan cumplido por parte de la demandante.

De igual manera, se incurre en una descapitalización del sistema pensional, como consecuencia de este tipo de decisiones, pues conforme el peritaje que se allegó para el 2018, a la demandante en el RPM le correspondería una mesada pensional de \$1.683.269, el que multiplicado por su expectativa de vida, arroja un total de más de 400 millones de pesos y el ahorro con que cuenta ella en el RAIS es de alrededor 200 millones de pesos, habiendo una diferencia de más de 300 millones de pesos que deben ser financiados por los demás afiliados y por el Estado, para financiar una pensión en un fondo al cual no cotizó la demandante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora LUCY STELLA QUIROGA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 30 de septiembre de 1996, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 190 del plenario, allegada por esta demandada.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega tal consecuencia por falta al deber de información



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

escenario que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., 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 y contrario a lo señalado en su recurso y alegaciones por Colpensiones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 Colpensiones en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Lucy Quiroga, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Provenir S.A., fondo al que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, lo que lleva a determinar que contrario a lo señalado por Provenir S.A., en sus alegaciones, el traslado de la demandante no se puede considerar libre y voluntario como quiera que esta no conocía las implicaciones del mismo.

Por lo anterior y si bien como lo señala el apoderado de Colpensiones en su recurso, al juez le compete recaudar elementos probatorios en aras de arribar a la verdad procesal, tal facultad no puede reemplazar la obligación probatoria que recae en primer lugar sobre las partes y en este caso como se dijo, sobre el fondo pensional, quien respecto del deber de información únicamente allegó a este trámite procesal copia del formulario de afiliación e historia laboral de la demandante, elementos que no permiten concluir que se suministró el mismo en debida forma a la demandante.

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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., también en sus alegaciones 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 hoy Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Lucy Quiroga, desde la fecha de su afiliación a dicha administradora.

Dicho deber se tornaba más riguroso para el caso de la demandante ya que como lo aceptan ambas demandadas en su contestación, al momento del traslado contaba con más de 35 años de edad, esto es, era beneficiaria para



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la época del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si bien no por tiempo de servicios como lo indica la recurrente Porvenir, sí lo era por edad y ninguna de las documentales allegadas por el fondo en mención da cuenta de que tal circunstancia se le puso de presente al momento de su afiliación y menos se le señaló que su traslado implicaba la pérdida de dicho régimen de transición del que era para la época de traslado beneficiaria.

Es así como en estos casos, y contrario a lo manifestado por recurrente Porvenir S.A. en su recurso y por Colpensiones en alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien invocó tal circunstancia, lo cierto es que alegó la nulidad del traslado, 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, 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.

Conforme lo señalado en precedencia y contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir, la línea jurisprudencial referente a la ineficacia del traslado emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es de obligatoria observancia por parte de esta Corporación, al ser la Corte Suprema de Justicia, el organismo de cierre de esta jurisdicción, por lo que sus criterios son de aplicación preferente en los asuntos de competencia de la jurisdicción laboral como el presente.

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

administra, 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 junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de Porvenir 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 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**, del traslado de régimen pensional bajo estudio, indicando que como quiera que se concluye que Porvenir fue vencida en juicio, no hay lugar a modificar la condena en costas a su cargo.

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, aspecto en el que se adicionará la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201800587-01 Dte: LUCY STELLA QUIROGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: 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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 05-2019-398-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MYRIAM GLADYS BEJARANO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MYRIAM BEJARANO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara al RAIS, debido a la inadecuada asesoría e inducción en error por parte de Porvenir S.A., declarando que se encuentra afiliada al RPM sin solución de continuidad; como consecuencia de tales declaraciones solicita se ordene a Porvenir S.A. a entregar a Colpensiones el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

valor de los aportes depositados en su cuenta de ahorro individual junto con rendimientos, comisiones y reintegro por el cobro de gastos de administración, ordenando a Colpensiones para que reciba dichos aportes. (fl. 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 4 de mayo de 1961, afiliándose al RPM a través del ISS desde 1984 al que cotizó hasta 1999, un total de 687 semanas, que se trasladó al RAIS en el mes de septiembre de 2000 por intermedio de Porvenir S.A., AFP que no cumplió con su deber de información al no brindarle la ilustración suficiente relacionada con las consecuencias del traslado de régimen promovido, que no elevó solicitud formal en la que constara que la elección del RAIS, había sido una decisión tomada de manera libre y voluntaria, diligenciando formulario de afiliación ante dicha AFP sin conocer las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales ni las condiciones para el acceso de la prestación al RAIS.

Indica que para promover su traslado el asesor Porvenir S.A., le señaló que el ISS se iba a acabar, por lo que su derecho pensional no estaría garantizado de permanecer en dicho Instituto y le prometió que se pensionaría al alcanzar 55 años de edad con una mesada superior a la que le correspondería en el RPM, que dicho asesor no exhibió acreditación alguna mediante la cual demostrara la capacitación en dicho tema de alta complejidad, no se le suministraron comparativos pensionales y no se le explicó que el monto de su mesada en el RAIS, dependía del capital depositado en su cuenta de ahorro, como tampoco sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios.

Refiere por último que Porvenir S.A., le entregó en el año 2019 simulación pensional, cuyo contenido indica que alcanzaría derecho pensional por vejez a los 62 años en cuantía de \$828.116, que conforme historia laboral expedida por esta, ha cotizado 1646 semanas, que radicó derecho de petición ante Colpensiones solicitándole tramitar ante Porvenir el traslado de sus aportes, petición a la que no ha recibido respuesta. (fls. 6 a 8).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MIRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 2 y 27, negó el No. 3 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, inexistencia del derecho para regresar al RPM, falta de causa para pedir, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad, buena fe y compensación. (fl. 44).

Por su parte PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 1, 4, 22 a 24 y 26, manifestó no constarle los No. 2, 3, 27 y 28 y negó los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 100).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

- 1. Declarar la nulidad de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora Miryam Gladys Bejarano Parra, a través de Porvenir s.a.;*
- 2. Ordenar a Porvenir s.a. que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses, a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral;*
- 3. Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas;*
- 4. Costas a cargo de porvenir s.a. únicamente, 4 salarios mínimos como agencias en derecho.*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que conforme la sentencia C 345 de 2017, la existencia de un régimen de nulidades de los actos y contratos tal como estaba consagrado en Colombia en cuyo perfeccionamiento concurre un vicio del consentimiento se encuentra constitucionalmente ordenada, defectos en la expresión de voluntad como



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

consecuencia de una equivocación, error, una actuación malintencionada, dolo o una presión indebida, fuerza impactan negativamente en la libertad individual ya que impiden que el consentimiento se preste de manera auténtica y espontánea, la afectación de la libertad en estos casos es evidente si se tiene en cuenta que constituye un presupuesto de la autonomía privada que las personas no solo representen correctamente la realidad, sino que se expresen libremente al momento de celebrar un contrato, por ello es que las manifestaciones de la voluntad afectadas por un error, dolo o fuerza, son por decirlo de alguna forma menos libres. Por ello, los vicios del consentimiento atentan contra la autonomía privada, por cuanto distorsionan o coaccionan el consentimiento creando una apariencia de realidad que es discordante con la realidad misma del negocio jurídico, mas aun coaccionan al sujeto a someterse a una relación contractual que no consentiría sino tuviera plena libertad. Pues bien, en el caso de nulidad o ineficacia como lo ha venido abordando la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, recientemente, se ha creado una jurisprudencia coherente, una línea jurisprudencial coherente, entre ellas la sentencia SL1421 de 2019, radicación 56174 del 10 de abril de 2019, SL1688 de 2019, radicación 68838 del 8 de mayo de 2019, en la que se abordan diferentes problemas jurídicos como la prescripción oportunamente propuesta por las demandadas, en el sentido que dado que la ineficacia, como lo aborda la corte, o en este caso la nulidad, tesis en la que se mantiene el despacho no está sujeta al término trienal establecido en los artículos 488 CST y 151 del CPTSS, teniendo en cuenta su inherencia a un derecho irrenunciable como es el de la seguridad social, según el artículo 48 superior.

Señaló que conforme lo había señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, eran las AFP las que deben demostrar que información le brindaron al afiliado, no solo al momento de la afiliación sino durante la vinculación a la persona conforme artículo 12 del decreto 720 de 1994, norma según la cual, los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación durante toda la vinculación con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ocasión a las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Indicando el artículo 10 de ese mismo decreto 720 del 6 de abril de 1994, responsabilidad de los promotores, cualquier infracción, error u omisión en especial aquellas que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las sociedades administradoras, compromete la responsabilidad de la sociedad administradora, respecto de la cual adelante sus labores de promoción, señaló que conforme dicho criterio jurisprudencial, también se había reiterado en diversas ocasiones que el simple formato de afiliación no demostraba un verdadero consentimiento informado y si bien se encontraba probada la afiliación de la demandante al RAIS, por intermedio de Porvenir, lo cierto era que esta última no había allegado elementos de juicio que permitieran concluir que le había brindado a la señora Myriam Bejarano, toda la información referente y relevante en cuanto su traslado al RAIS, ya que al respecto únicamente se había allegado formulario de afiliación, el que como se había señalado no daba cuenta de una adecuada asesoría a la afiliada, de tal manera, había lugar a declarar la nulidad del traslado que efectuara esta última el 4 de septiembre del año 2000, con el consecuente traslado de aportes y rendimientos a órdenes de Colpensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir**, indicó:

El traslado de régimen pensional de la demandante obedeció a una decisión libre, espontánea y sin presiones, informada, muestra de ello la asesoría recibida de manera verbal en donde se informó las características y condiciones propias del RAIS, de acuerdo a lo manifestado por el mismo juez de primera instancia en el artículo 12 señala, los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación durante toda la vinculación con ocasión a las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado, en este sentido es claro que a la demandante se le informaron cuales eran las prestaciones a las que tenía derecho al traslado de régimen pensional, la ley no exigía el cumplimiento de requisitos adicionales ni hacer comparativos. En este sentido se le indicó la posibilidad de tener una mesada pensional superior a la del Seguro Social, cosa que es cierta, se le indicó la posibilidad de que sus aportes iban a tener rendimientos los cuales iban a sumar al capital que ella efectuaba con las cotizaciones, también se le indicó la posibilidad de heredar y también se le indicó que era mucho mas respaldada en este sentido toda la información que se le suministró es totalmente cierta y acorde a la ley, ahora bien, la decisión tomada por la demandante se hizo de forma consciente y espontanea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha de afiliación, pues en primer lugar, antes de adoptar la decisión recibió la información suficiente de manera verbal, y en segundo lugar,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

suscribió el formulario de solicitud de vinculación el cual cumplía con todos los requisitos de ley y fue aprobado por la superintendencia bancaria, hoy superintendencia financiera; en tercer lugar, en cumplimiento de las exigencias legales al suscribir la solicitud de vinculación, se concretó la voluntad de esta de trasladarse de régimen pensional.

En este sentido se recuerda que ninguna AFP se encuentra la posibilidad de negarse a trasladar de régimen pensional una vez se hace la solicitud formal acorde a la ley. Estas expresiones no pueden ser consideradas como un medio o requisito formal o una manifestación vacía y sin una consecuencia, tal y como se presupone por el juez de primera instancia en cuanto corresponde una exigencia normativa y por lo tanto no puede ser ignorado como tampoco puede ser desconocido los efectos que produce y la circunstancia que conste un formulario previamente impreso no le resta ningún tipo de validez. Adicionalmente, contrario a lo que señala el juez de primera instancia, las manifestaciones que realiza la demandante no la pueden beneficiar sino solo la pueden perjudicar en lo que esta confiese, mas lo que esta le beneficie. En este sentido, todo lo que esta pretendía argumenta respecto a beneficios propios tenia que argumentarlo probarlo en el presente proceso. Adicionalmente no puede pasarse por alto que la demandante con su actuar generó y demostró manifestaciones inequívocas de la voluntad de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que de acuerdo a la sentencia SL413 de 2018, según la cual el pago de aportes, solicitud o cambio de claves entre otras, genera manifestaciones inequívocas de la voluntad del afiliado en sentido de mantenerse dentro de alguno de los regímenes pensionales de acuerdo a lo anterior, es claro que la demandante teniendo la oportunidad de trasladarse de régimen pensional no optó por trasladarse de régimen pensional.

Ahora bien, la superintendencia financiera que es la entidad que vigila a las AFP, en concepto 20147056668-001 del 12 de junio de 2017, indicó que el deber de suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero para tomar una decisión informada de vincularse a dicho régimen o trasladarse entre administradoras, se encuentra expresamente consagrado a partir del 1 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del decreto 241. De acuerdo lo anterior es claro para la entrada en vigencia de esas leyes y decretos, la demandante ya contaba con mas de 10 años de afiliación al RAIS, adicionalmente mediante sentencia SL452 de 2019, sentencia SL436 de 2019, sentencia SL44426 de 2019, los magistrados Quiroz y Echeverry bueno indicaron que la solicitud de ineficacia o nulidad de traslado de régimen pensional no debe aplicarse de manera automática e inconsciente, puesto que se debe probar por parte de los apoderados un perjuicio claro, cierto y específico y para el proceso que nos convoca es claro que sus derechos fundamentales y su derecho fundamental que tanto se señaló en el presente proceso fue garantizado de acuerdo a las condiciones y particularidades propias del régimen pensional al cual estas afiliadas. Por lo anterior, no resulta del caso pretender que el desconocimiento de la ley genera una violación a un derecho fundamental, más aun cuando mi representada cumplió a cabalidad con todas sus obligaciones que están a su cargo. Lo anterior, ratifica de esta manera que solo fue hasta 10 años después de la fecha de afiliación de la demandante en la que se introdujeron obligaciones y cargas adicionales a favor de los afiliados y cargas para las AFP como suministrar información adicional, comparativos pensionales y demás.

Por su parte Colpensiones señaló:

En primer lugar, se debe dejar claro que dentro del proceso no se vislumbró ningún vicio del consentimiento, y mucho menos por error para que así se declare la nulidad, toda vez que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad y dentro del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, se evidencia que la misma la hizo de manera libre y voluntaria, además que ratifica su decisión de permanecer en el RAIS por mas de 15 años dentro del mismo. Por otro lado, su retorno al RPM tampoco es dable, ya que la misma se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 de 2003, toda vez que ya la demandante se encuentra con la edad requerida para cumplir la edad para pensionarse y su retorno



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

sería ir en contravía de esta normatividad. Ahora bien, en cuanto al negocio jurídico celebrado con porvenir, pues mi representada no tuvo injerencia alguna, ya que la misma escogió dicho régimen y aceptó las condiciones mismas, tal y como lo establece el artículo 11 del decreto 692 de 1994, y así mismo, del interrogatorio se desprende que esta conocía de dichas ventajas y desventajas que este régimen le ofrecía. Así, al no tener ninguna responsabilidad Colpensiones referente a la afiliación realizada en el fondo privado Porvenir, no se le debe endilgar ninguna responsabilidad o consecuencia jurídica a Colpensiones, tal y como lo establece el artículo 1602 del código civil. Así mismo, debe operar las consecuencias jurídicas para los fondos privados y también a la demandante por su negligencia en cuanto a su futuro pensional, ya que esta pudo verificar su futuro pensional dentro del tiempo que ha permanecido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, informándose del mismo y no dejar hasta el último momento para pensionarse para preocuparse por el mismo y preguntar su estado pensional. En cuanto a la falta de información, dentro del proceso no se encontró por esta apoderada no se encontró ningún vicio, como ya lo había manifestado, y ni mucho menos por error. En cuanto al error, nos encontramos frente a un error de derecho, no un error de hecho como lo manifiesta el despacho y esto lo dejo argumentado conforme a la sentencia c-993 de 2006, que esta ha realizado un exhaustivo estudio de constitucionalidad de los artículos 1509 y siguientes y en cual se llegó a la decisión que el desarrollo del principio de seguridad social jurídico se debe adoptar el principio del derecho romano, esto es, la ignorancia del derecho no sirve de excusa y específicamente se encuentra en el artículo 9 del código civil. Por lo tanto, no nos encontramos frente a un error de hecho sino un error de derecho y este error no vicia el consentimiento.

Finalmente, cabe resaltar que la demandante no contaba con una expectativa legítima cuando efectuó su traslado, ya que no cumplía los requisitos para pensionarse, esto es, cumplir con 35 años de edad al 1 de abril de 1994 y con 15 años de cotizaciones, decir que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición y por lo tanto al no vulnerarsele alguna expectativa legítima, pues no se encontraba inmersa en las prohibiciones legales y tampoco su afiliación sería inválida. En cuanto al principio de sostenibilidad financiera, debe dejarse claro por parte de esta apoderada que insisto que se estaría vulnerando con el artículo 48 de la constitución política, esto es, tratar de ser coherentes con la sostenibilidad que el fondo común, mas bien la naturaleza de lo que es el fondo común y lo que busca la demandante con esto, que se le financie una prestación pensión de vejez por las cotizaciones de las personas que si han permanecido dentro del régimen de prima media, por lo tanto, al momento de recibirle estaría dejando en desventaja a otras personas que también buscan lo mismo, que se les reconozca y pague una prestación financiada por Colpensiones y no hablamos solamente de pensión mínima, hablamos también de pensiones que superan la pensión mínima, esto es, que pueden ser superiores a 1 salario mínimo, 2 salarios, etc. Por lo tanto, a futuro, para Colpensiones no es rentable tener a una persona que ha sido trasladada del RAIS al RPM, cuando se sabe y cuando se ha demostrado que esto es por negligencia propia del afiliado cuando solamente decide trasladarse cuando ya está próximo a cumplir la edad requerida.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora MYRIAM BEJARANO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito en con Porvenir S.A., el 4 de septiembre del año 2000, como se verifica de copia del mismo, visible a folio 124 del plenario allegada por la AFP en mención.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En este orden, se tiene que como quiera que se alega la falta al deber de información en el acto de afiliación por parte de la AFP, dicha circunstancia impone como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, que lo pretendido, se estudie bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, así en lo reiteró la Corporación en mención 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.

Por lo anterior y contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso como en alegaciones, la parte demandante, no debe probar la existencia de vicio del consentimiento alguno, pues resulta suficiente que alegue la falta al deber de información, para que lo pretendido se aborde bajo la óptica de la ineficacia.

Es así como dicho deber de información ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de nuestra corporación de cierre, 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; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus 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 del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Myriam Bejarano, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que Porvenir S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual y contrario a lo manifestado por esta AFP, de ninguna manera dicho acto se podría



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

considerar libre y voluntario ya que la aquí demandante, no conocía las incidencias del mismo.

Ahora bien y conforme al argumento de Porvenir S.A., según el cual, la demandante manifestó haber recibido de manera verbal toda la información concerniente al traslado, entre ello, las características propias del RAIS; lo cierto es que esta en diligencia de interrogatorio de parte, reiteró que como indica la entidad en mención, únicamente se le pusieron de presente los **beneficios** que le podría traer afiliarse al RAIS y como se señaló, el deber de información, comprende tanto el suministro de los beneficios propios de ambos regímenes, como de las desventajas; de tal manera que no se puede dar por cumplido el deber de información bajo estudio cuando únicamente se le indicaron al afiliado las ventajas del RAIS y no las posibles consecuencias adversas que podría traerle su traslado de régimen pensional, no encontrándose probado por Porvenir S.A., que suministró toda la información al efecto en el acto de traslado.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de Porvenir S.A., según la cual, para la fecha de traslado de la actora a las administradoras del RAIS, no le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, de manera que sí les



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

correspondía probar el suministro de dicha información a la señora Myriam Bejarano, obligación que contrario a lo señalado por esta demandada, no se acredita con la simple suscripción del formulario pre impreso al momento de su traslado, sino que como se ha indicado a lo largo de este pronunciamiento, debió haberle manifestado las ventajas y desventajas que le podrían acarrear su traslado, la forma de calcular la mesada pensional en cada uno de los regímenes y las modalidades pensionales propias del RAIS, entre otros puntos relevantes referentes a la situación particular del afiliado; no obstante, tal cuestión no se probó; siendo pertinente indicar a esta recurrente que el concepto a que alude la demandada en mención, expedido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a las decisiones de esta jurisdicción ordinaria, como quiera que tal carácter únicamente lo ostentan las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia como organismo de cierre de esta jurisdicción.

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

Sobre este punto, se observa que el juez de primer grado, no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración durante la permanencia de la demandante como afiliada a Porvenir S.A., aspecto en que se deberá **modificar** la sentencia de primer grado, atendiendo a que tales gastos 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, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

De otra parte, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, 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, como tampoco estar inmersa en la prohibición legal de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, le impide acudir a la vía judicial, en tanto la ineficacia del traslado pensional, envuelve



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

la adquisición de derechos pensionales, que bien sabido es, tienen el carácter de imprescriptible.

Así las cosas, 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 2000**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone también la **modificación** del numeral PRIMERO de sentencia recurrida para en su lugar declarar la **ineficacia** del traslado pensional allí descrito, conforme las consecuencias a la falta del deber de información que como se señaló al inicio de este pronunciamiento, se abordan bajo la óptica de la ineficacia.

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.

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: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de sentencia recurrida en el sentido de declarar la **ineficacia** del traslado pensional allí descrito realizado por la demandante en el año 2000, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05201900398-01 Dte: MYRIAM GLADYS BEJARANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

lo descontado por concepto de **gastos de administración**, durante la vigencia de la afiliación de la demandante al RAIS.

TERCERO: 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.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-646-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de septiembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades de seguridad social demandadas y las de la parte demandante, esta última solicita se confirme la sentencia.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ RAMÓN CUBILLOS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE nulo e



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ineficiente el traslado de régimen pensional que realizara a través de Porvenir S.A., como consecuencia de tal declaración peticiona se condene a esta última a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, condenando a las demandadas al pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. (fls. 4 y 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 23 de mayo de 1958, por lo que actualmente cuenta con 58 años de edad, que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se encontraba inmerso en el régimen de transición como quiera que contaba con más de 800 semanas cotizadas a Colpensiones, que ha laborado para la sociedad INDES PACK Ltda, desde el 21 de junio de 1985 y hasta la actualidad, afiliándose en principio al ISS, en el que realizó aportes hasta el 31 de mayo de 2001, anualidad en la cual, una funcionaria de Porvenir S.A., lo indujo a afiliarse al RAIS de manera engañosa y sin revisar su situación pensional.

Afirma que la demandada Porvenir S.A., no le indicó las consecuencias negativas que podría tener su traslado sobre el derecho pensional, haciéndole creer a través de promesas falsas que lo que más que convenía era afiliarse al RAIS, ya que le señaló el asesor que su mesada pensional sería más alta en ese régimen que la que recibiría en el RPM, que ha solicitado en varias ocasiones retornar a Colpensiones, no obstante, ello no ha sido posible por encontrarse afiliado al RAIS, que presentó solicitud de traslado al RPM ante las demandadas en el año 2018, las que fueron negadas. (fl. 3 a 5).

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 Y 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada. (fl. 69).

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, manifestó no constarle los No. 1, 3, 4, 11, 13 y 15 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación. (fl. 114).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 30 de abril de 2001 a través de Porvenir S.A., declarando como afiliación válida la del RPM administrado por Colpensiones, condenó a Porvenir a trasladar a órdenes de Colpensiones los aportes pensionales, con todos sus frutos y sin efectuar deducción alguna por concepto de gastos de administración, condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación del demandante y declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las entidades demandadas. (fl. 154)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando se encontraba probado el traslado de régimen pensional del demandante en el año 2001, por intermedio de Porvenir S.A. y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había sido pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la administradora de ahorro individual le haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia, se resalta no sólo lo favorable sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, e incluso si fuera el caso en desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión en dicha obligación de información trae como consecuencia la nulidad del traslado, tal como lo ha señalado la corte, entre otras en las sentencias SL12136 de 2014 y las sentencias SL1421, 1452, 1688 y 1689, todas del año 2019.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Señaló que teniendo en cuenta dicha línea jurisprudencial, revisadas las pruebas aportadas al plenario no se había logrado acreditar que el demandante hubiese recibido una información por parte de la AFP Porvenir s.a., que diera cuenta que le había manifestado a este las ventajas y desventajas que conllevaba su cambio de régimen pensional al momento de ser acogido como afiliado, ya que nada se había aportado para concluir que al señor Cubillos el asesor de la época le hubiese efectuado una simulación o proyección a futuro o un cuadro comparativo de la pensión de vejez que podría recibir en un régimen pensional o en otro, situaciones que pueden llevar a concluir que incumplió con los requisitos señalados por la jurisprudencia para ser considerada como idónea la información suministrada, a fin de realizar un traslado de régimen pensional.

Afirmó que aun cuando a folio en el formulario de afiliación se consignó la voluntad de afiliación; lo cierto es era que tal documental no resultaba ser un medio probatorio idóneo del cual se infiera que se le hubiera proporcionado toda información del traslado al demandante referente a las ventajas y desventajas del mismo, pues conforme lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicha circunstancia a lo sumo acreditaba un consentimiento, pero no informado. Que era pertinente recordar que cuando una persona firmaba un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada, en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse un régimen pensional a otro, pues lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme las reglas establecidas para el régimen pensional en aras de construir su derecho. Así las cosas, pese a que en el formulario de vinculación se había plasmado la firma como aceptación de lo allí contenido, no era menos cierto que la AFP encartada no cumplió con su deber de proporcionarle al afiliado una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar su anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, no quedando más que declarar la nulidad de la afiliación del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

demandante al RAIS, realizado el día 30 de abril de 2001, a través de Porvenir s.a. Declaración que traía como consecuencia la invalidación del movimiento entre administradoras del RAIS, debiéndose disponer el regreso automático del accionante al RPM administrado hoy por Colpensiones, con el consecuente traslado de todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante debiendo Colpensiones, activar la afiliación del demandante y actualizar su historia laboral.

Afirmó en cuanto a la excepción de prescripción, que la nulidad del traslado al régimen pensional no estaba sometido al término trienal que rige en materia laboral por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado resulta imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, indicó:

Siendo valorado el presente proceso bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad, evidenciándose que con el paso del tiempo, la parte actora nunca realizó actos que supieran su no intención o inconformidad de pertenecer a la AFP, a la fecha tenemos una densidad considerable de años que no denotan las alegadas falencias o engaños, falta de información sean contrarias al perfeccionamiento del acto jurídico, pues no se puede concluir que existe un acto ineficaz sucesivo cuantificable en décadas y percatare solo estar ad portas de la causación de la pensión de vejez de alguna falencia, engaño o falta de información. Así las cosas, señores magistrados, tener en cuenta la existencia de la sentencia SL413 de 2018, magistrada ponente clara Cecilia dueñas, en atención a la aplicación del artículo 898 del código de comercio, expresa que la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfecciona el acto inexistente. Lo anterior, en atención al artículo 1604 del código civil, que expresa que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.

La demandada **Porvenir**, indicó:

No se comparte lo decidido por el despacho sobre la declaración de ineficacia en sentido estricto del acto que acaeció en el año 2001 ni se comparte la condena de restituir los dineros, junto con los ejercicios financieros, sin poder hacer el descuento de los gastos de administración, cuotas de seguros y cuotas extras, lo anterior fundamentado en los siguientes argumentos: sea lo primero establecer que en la parte motiva de la sentencia que usa como base la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, se afectan 3 principios fundamentales del derecho y estos son los principios de inescindibilidad de la norma, principio de confianza legítima y principio de sostenibilidad financiera del sistema



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

general de pensiones, el primer principio se ve afectado en el sentido de que se está tomando para esa teoría de la ineficacia en sentido estricto, se toma de manera parcializada a partes de las normas para acomodar de manera que pueda beneficiar a los demandantes de una manera mas sencilla esta teoría, y sea lo primero establecer que no se hace una diferencia dentro de la parte motiva de la sentencia de la figura de la ineficacia en sentido estricto y la figura de la nulidad, siendo dos figuras jurídicas absolutamente diferentes y esto ya lo ha establecido la Corte Constitucional, en especial, en la sentencia C 345, donde establece que las ineficacias en sentido estricto dependen de unos elementos taxativos que en la ley están contenidos, y que su consecuencia taxativa es la ineficacia en sentido estricto, como se establece en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, sin embargo, en esta sentencia se le está dando una ineficacia de pleno derecho o una ineficacia en sentido estricto, se le está dando una consecuencia jurídica de una nulidad, pues está retro trayendo sus cosas a su estado original.

En primer lugar, nótese que también la carga dinámica de la prueba no aplica de manera automática y también la corte se ha pronunciado en este sentido en la sentencia C 086, en la cual establece que se debe ingresar a esta figura de manera ponderada porque de contrario se estaría afectando los principios que están contenidos en el CGP, no se toma en cuenta aquí la presunción de autenticidad de los documentos y lo expresado y contenido en la manifestación que suscribió el demandante sobre que recibió la asesoría y la manifestación en el interrogatorio de parte sobre de que su afiliación fue de manera libre y voluntaria, no se tomó en cuenta tampoco las incoherencias que hay en el escrito de demanda y en la manifestación en el interrogatorio de parte, en el escrito de demanda se manifiesta que se le dijeron que iba a ser mas beneficioso y se le dijo que iba a recibir una mesada pensional, sin embargo al preguntarle de estas situaciones dice que eso nunca ocurrió, y esta situación no fue analizada de fondo dentro de la parte motiva de la sentencia. Así mismo es importante revisar que la consecuencia jurídica que se le genera a este proceso no es la correspondiente, porque sobre la consecuencia jurídica queda una pregunta en el aire, si lo que se creo fue la ficción jurídica de que las cosas vuelvan a su estado original, es decir, que el hoy demandante nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, pues en este nunca se debieron generar intereses o ejercicios financieros porque el régimen de prima media donde se supone que siempre ha estado, según la ficción que genera la sentencia, pues no genera rendimientos financieros y en ese sentido queda la siguiente pregunta, el punto hoy es cuál es fundamento normativo y cual es el fundamento de peso incluso económico para condenar a mi representada a restituir unos dineros que no están o que no existen consecuencia de esta ficción jurídica, y por tanto se está propendiendo al enriquecimiento sin causa tanto a favor del demandante que va a ver beneficiado esto en semanas cuando sea trasladado a Colpensiones, como a Colpensiones que está recibiendo dineros tanto de los ejercicios financieros que estos generaron, como los gastos de administración sin haber administrado esos recursos y sin que exista un fundamento judicial, pues se supone que estos intereses nunca se generaron.

Ahora, sobre la prescripción o la excepción de prescripción la misma sí era llamada a prosperar, en especial si se sigue con la idea de evitar que se retengan los gastos de administración y esto en el sentido de que el artículo 20 de la ley 100 establece que los gastos de administración, cuotas extras y cuotas de aseguradoras no hacen parte integral de los dineros destinados a la pensión ni en el régimen de ahorro individual ni en el régimen de prima media, y por tanto, no tienen la salvación o la figura de la imprescriptibilidad contenida en el artículo 48 de la constitución. En ese sentido, al ser dineros o emolumentos netamente económicos, como son las mesadas pensionales, estas si son tendientes a prescribir, y por tanto así se debió declarar en la sentencia de declarar la prescripción por lo menos sobre estos valores de gastos de administración que son, insisto, emolumentos meramente económicos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor JOSÉ CUBILLOS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 30 de abril de 2001, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folios 18 y 34 del plenario allegada por la parte demandante y demandada Porvenir S.A.

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

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

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Porvenir S.A. en su recurso y por Colpensiones en 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 de la 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 al señor José Ramón Cubillos, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2001; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada en mención, fondo al que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se tiene que no es de recibo la afirmación de Porvenir respecto a que se le brindó la información pertinente al actor al momento de su traslado y de ello da cuenta el formulario de afiliación, documental que si bien no fue desconocida por el demandante, como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la simple suscripción del formulario, no implica el cumplimiento de dicho deber de información, como quiera que no contiene datos relevantes respecto de la situación pensional de cada afiliado en particular.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por las demandadas en sus recursos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de las consideraciones de este pronunciamiento este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, sin que se haya alegado vicio alguno del consentimiento, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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.

En cuanto al argumento de las recurrentes, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, 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 durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, traslado de aportes que no resulta caprichoso como lo indica Porvenir S.A., pues conforme los efectos de la ineficacia, dicha afiliación se debe retrotraer al estado original, esto es, como si nunca hubiera recibido por parte del demandante los aportes pensionales, por ello los debe retornar al RPM junto con sus rendimientos y gastos de administración.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir 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, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración***



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Dño.: COLPENSIONES Y OTRO

debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)

Por último, contrario a lo señalada por la recurrente Porvenir, reiterada jurisprudencia ha señalado que la acción que pretende la ineficacia del traslado pensional, es de naturaleza **imprescriptible**, por cuanto dicho acto tiene relación directa con los derechos pensionales que de igual forma, tienen la virtud de ser imprescriptibles e irrenunciables.

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 2001**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **modificar** el numeral primero de la decisión de primer grado en cuanto a que como se señaló en aparte pertinente cuando se alega la falta de información como ocurre en este caso, la figura que tiene lugar es la **ineficacia**, debiéndose modificar la sentencia en tal sentido.

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:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800646-01 Dte: JOSÉ RAMÓN CUBILLOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor JOSÉ RAMÓN CUBILLOS, en el año 2001.

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

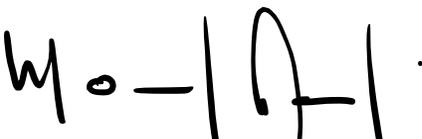
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2017-0013-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: RICARDO BOLIVAR ORTIZ

DEMANDADO: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE
VIGILANCIA – AGENTES EN USO DE BUEN RETIRO – POLICIA
NACIONAL – COOVIPOR CTA

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer 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 11 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes no presentaron alegatos de conclusión.



ANTECEDENTES

El señor Ricardo Bolívar Ortiz por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la CTA demandada; que fue desvinculado en estado de incapacidad y tratamiento médico, y sin autorización del Ministerio del Trabajo, sin justa causa; que la CTA no realizó en debida forma la notificación del retiro, manteniéndose vigentes los derechos del actor; que la demandada no suspendió el periodo de vacaciones mientras el trabajador se encontraba incapacitado y atendiendo el tratamiento médico; que se le adeuda el valor de las incapacidades, los dos últimos turnos realizados, al quinquenio por cumplimiento de 20 años de servicios; auxilios de alimentación, transporte por los dos últimos turnos realizados. Solicita el REITEGRO al cargo que venia ejerciendo al momento de la desvinculación y como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de los días que estando incapacitado no fueron suspendidas las vacaciones, así como las incapacidades por un total de 78 días, los dos turnos realizados antes de ser retirado de la CTA, y los auxilios de transporte y alimentación de estos últimos, indemnización por retiro estando incapacitado y en tratamiento médico; a los salarios, auxilios de transporte, de alimentación, vacaciones, primas legales, cesantías aportes al Sistema de Seguridad Social, dentro del término comprendido entre el momento del retiro y hasta que sea reintegrado.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, con fecha 18 de julio de 1994 suscribió contrato de trabajo con la demandada, siendo asignado a prestar sus servicios a diferentes usuarios de la CTA, en el cargo de guarda de



seguridad; que el salario estaba compuesto por un básico de \$730.000, auxilio de alimentación de \$170.000 y auxilio de movilización de \$160.000, mensuales; que el día 26 de enero de 2015 reclamó el pago del quinquenio, y que por no haber obtenido el pago de sus “prestaciones” manifiesta que acudió al Ministerio de Trabajo; que la CTA optó por conceder el disfrute de las vacaciones a partir del 23 de febrero de 2015; que solicitó informes de la demandada sin obtener respuesta; que el día 27 de marzo de 2015 no pudo asistir a la diligencia de descargos al no haber sido enviado su “reemplazo”; que el 30 de marzo de 2015 “optan” por dejar una constancia de inasistencia del día 1 de abril de igual año, y que ante las citaciones irregulares acude al Ministerio del Trabajo y a la Superintendencia de Vigilancia, al considerarse objeto de persecución laboral, situación por la cual el 17 de abril de 2015 radicó ante el comité de convivencia la queja, trámite del que refiere no obtuvo respuesta, como tampoco de la solicitud de licencia; menciona que le fue enviado a su residencia edicto emplazatorio el día domingo 3 de mayo de 2015; que el día 6 de mayo de 2015 solicitó una certificación personal, la cual le es entregada y firmada por la Jefe de Gestión Humana en donde se indica que laboró para la CTA entre el 18 de julio de 1994 y el 30 de abril de 2015; manifiesta que el 8 de mayo de 2015 un sobrino suyo le informa sobre la publicación de la resolución (sin mencionar cual) en cartelera, y que por ello solicitó aclaración sin obtener respuesta; que radicó recursos de reposición y apelación ante la CTA (sin precisar la decisión recurrida); que el día 25 de mayo de 2015 radicó solicitud de los conceptos que considera se le adeudan, que el 11 de agosto de 2008 fue incapacitado por tres días; que estuvo incapacitado en varias oportunidades entre el año 2008 y el mes de agosto de 2016; que estando en vacaciones tuvo que asistir al médico el 6 de marzo de 2015 y hospitalizado entre el 10 y el 16 de marzo de 2015; que le “ofrecieron” 5 días de incapacidad a partir del 16 de marzo de 2015, tiempo del que dice



no ha sido cancelado por la CTA; que la EPS dio recomendaciones para reincorporarse el puesto de trabajo, y le conceden 3 días más de incapacidad del que dice tampoco le ha sido cancelado; manifiesta que, “para el 20 de abril de 2015, según la cooperativa le estaban corriendo los términos de la resolución de exclusión”; que entre el 4 de mayo y el mes de agosto de 2016 fue sometido a exámenes médicos y fue intervenido quirúrgicamente; que estando en tratamiento médico fue enviado a disfrutar vacaciones entre el 22 de febrero de 2015 y el 12 de marzo de igual año; que le fue programada cirugía para el día 7 de mayo de 2015; que al presentarse a su trabajo y que por la citas médicas el empleador lo llamó a rendir descargos, oportunidad de la que insiste hubo vulneración al debido proceso en las citaciones para tal fin. Que el retiro se realizó estando en tratamiento médico y sin estar conforme con la ley 361 de 1997, que se enteró del retiro por medio de un sobrino y no de forma personal, sino por edicto, que no le fueron aceptados los recursos contra la decisión de exclusión, que fue desafiliado del Sistema de Seguridad Social en Salud, que su estado de discapacidad no fue calificada por omisión de la CTA, que desde el 30 de abril de 2015 no percibe ingresos y que su familia depende económicamente del trabajador; y que no le han pagado el auxilio de marcha.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto de fecha 8 de agosto de 2018 (fl.435) se tuvo por NO contestada la demanda, sin que se observe la interposición de recursos en contra de la decisión.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, se abstuvo de imponer costas.

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

“Que el problema jurídico a resolver consiste en establecer si entre partes existió un contrato de trabajo a partir del 18 de julio de 1994 a 13 de abril de 2015, si la relación laboral finalizó sin justa causa, si se requería autorización del Ministerio del Trabajo por encontrarse incapacitado el demandante, lo que deberá verificarse, que si se surtió el procedimiento establecido en los estatutos para finalizar el vínculo laboral del demandante, y si le asiste derecho al reintegro al puesto de trabajo o a uno de mejores condiciones sin solución de continuidad, si se adeuda suma alguna al demandante por turnos, auxilio de alimentación y transporte, indemnización por despido en estado de incapacidad, vacaciones, incapacidades concedidas, primas de servicios, aportes al sistema de seguridad social; que las pretensiones de la demanda giran en torno a la declaratoria de un contrato de trabajo, que en el presente caso conforme los artículos 22 a 24 del CST, y la sentencia SL1950 de 2019, el artículo 53 de la CP, la Ley 79 de 1988 define a las CTA, el Decreto 4588 de 2006, y las pruebas allegadas al proceso, folio 213 a 215 certificado de existencia y representación legal de la CTA, en el que puede leerse que su objeto social obedece a la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada en forma remunerada a los diferentes usuarios al sector público o privado, y conforme las normas que rigen esta actividad y el servicio se prestará a través de sus trabajadores asociados; que la resolución 3039 del 30 de octubre de 2009 se autorizó la reforma al régimen de trabajo asociado, a folio 44 obra certificación expedida por la demandada en donde aparece que el actor estuvo vinculado a la CTA desde el 18 de julio de 1994 al 30 de abril de 2015 como trabajador asociado en el cargo de vigilante, a folios 257 a 258 obra contrato de trabajo asociado suscrito el 10 de agosto del año 2000 entre las partes, a folios 259 a 260 obra solicitud de afiliación del actor a la CTA, folios 374 a 376 obra comunicación del actor al gerente de la CTA donde manifiesta sobre la persecución que la administración adelanta contra los asociados que son antiguos, a folios 79 a 83 obra petición dirigida por el actor a la Superintendencia de economía solidaria de 1 de abril de 2015 en el que solicita en calidad de socio se investigue a la CTA, copia de la resolución 039 de 2015 folios 383 a 401 mediante la cual la CTA resolvió excluir al actor, a folio 369 obra devolución de aportes por retiro advirtiendo que se liquidan conceptos de salarios básicos, subsidios de transporte, quinquenio, cancelación del auxilio de marcha folio 364 y 365, en el desprendible a folios 362 a 355 obra nómina de asociados donde se relaciona como sueldo base \$764.000 y otros conceptos como anticipo de alimentación, transporte y movilización, cuotas de sostenimiento finca la maría auxilio de alimentación, compensación ordinaria, de transporte, donde se advierte que el auxilio de marcha son propios del régimen interno de asociados a folio 208 y 209; que conforme con el régimen de trabajo asociado, folios 179 a 212, en el artículo 1 se indica que la CTA es una empresa de economía solidaria, de carácter privado, sin ánimo de lucro,



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2017 – 0013 – 01 DTE: RICARDO BOLIVAR ORTIZ DDO:
COOVIPOR CTA**

conformada por personas naturales que de manera libre y voluntaria se adhieran suscribiendo el acuerdo cooperativo, régimen de compensaciones, que el juzgado concluye que se esta en presencia de un vínculo propio de una CTA donde el dte fungió como asociado, y no en condición de trabajador dependiente que afirmó tener al subsanar la demanda, que si bien el actor demostró la prestación personal del servicio lo fue a favor de terceros y la misma lo fue en condición de socio de la CTA en el marco de los estatutos de la CTA, su objeto social, por lo que se concluye que el señor Bolívar se asoció a la CTA para prestar servicios de vigilancia, como se infiere de las declaraciones de Luz Parra y Gabriel Fernández quienes de manera unánime manifestaron que el actor estuvo vinculado en calidad de socio, que incluso fue delegado en las asambleas de socios desde el año 2011 a 2014, que en la audiencia del art. 77 se aplicaron las consecuencias por la inasistencia del representante legal por lo cual se presumieron como ciertos los hechos 1, 2, 3, 6, 40, 52, 62 y 63 que en el hecho 1 se presume que entre las partes existió un contrato de trabajo, no obstante, el mismo fue desvirtuado con los demás medios probatorios al quedar acreditado que la calidad en la que fungió el demandante fue como socio de la CTA, que en efecto la señora Luz Parra manifestó que trabajaba en la CTA hace 26 años y que conoció al actor desde el año 2002, que todos estaban vinculados como asociados y que firmaban un contrato con la CTA, que le consta que el actor estuvo vinculado desde el año 94 porque vio la hoja de vida al ser parte del consejo de administración desde el año 2014 a 2018, cada año se entregaban los estados financieros de la CTA, que si quedaban excedentes se los entregaban a los socios, que les pagaban un mínimo además de compensaciones, quinquenio, auxilio de alimentación y transporte; que el testigo Gabriel Fernández indicó que todos realizaban aportes de capital, que se reunían, que como asociados son conductores de la CTA, aportan trabajo, reciben las prestaciones de ley y el quinquenio, auxilio de transporte y de alimentación, que el demandante no negó que no fuera asociado de la CTA desde el año 1994, por el contrario, admite que firmó un contrato y que fue delegado principal en la junta de socios, que cada 6 meses hacían asambleas para discutir problemas de la CTA, que iban cuando podían, que como beneficios les daban vacaciones, quinquenios y un auxilio de marcha y de la nomina les descontaban para pagarles a los que se iban de la CTA, lo que permite colegir que el demandante no desconoce su condición de socio, mas bien la admite en el interrogatorio, además admitió que fue delegado principal ante la junta de socios, que el actor tuvo la calidad de socio tal como lo ratificó su apoderado en los alegatos de conclusión, por tanto, no se entiende por qué en la subsanación de la demanda se pretende que se declare que lo que existió fue un contrato de trabajo, que como ya se indicó no se encuentra acreditado, ya que de las pruebas lo que se logra inferir se vinculó y comportó como un asociado de la CTA mediante un contrato de trabajo asociado con la misma, conclusión que no fue derruida por ninguno de los medios probatorios, y que por el contrario se encuentra la queja que interpuso el actor ante la Superintendencia Solidaria para que se verificaran las actuaciones de la CTA, que los testigos Luz Parra y Gabriel Fernández manifestaron que ellos aportaban con el trabajo, recibían las prestaciones, y que si quedaban utilidades se las repartían, pero que para el juzgado lo más importante es lo que confesó el demandante que se vinculó como socio, que firmó un contrato de asociado, y que ejerció actos propios como socio de la CTA, pues actuó como delegado principal de la junta de socios y se reitera puso una queja para que se verificaran las actuaciones de la CTA; que conforme con el artículo 167 del CGP y el objeto del litigio que es que el demandante acreditara su condición de trabajador respecto de la CTA, que las pretensiones dependían de la pretensión de existencia de un contrato de trabajo lo cual no fue acreditado dentro de la presente litis, lo que impone como lógica la absolución de la demandada de las



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2017 – 0013 – 01 DTE: RICARDO BOLIVAR ORTIZ DDO:
COOVIPOR CTA**

pretensiones, ya que dependían de esta pretensión, que en lo alegado sobre la exclusión del demandante como socio, y que se vulneró el debido proceso, se reitera que el objeto del proceso era demostrar la condición de trabajador lo que no se logró y este tema de la exclusión como socio del actor, no es un tema que le compete a la jurisdicción laboral y que si bien dentro de los fundamentos legales se relaciona el artículo 64 del CST y 65 tal normatividad no puede ser estudiada... dependía de la prosperidad o del estudio de esta normas si los hechos de la demanda siempre y cuando prosperaran en la declaratoria de existencia del contrato de trabajo lo que no ocurrió, por lo que se absolverá a la demandada de todas las pretensiones, puesto que lo relativo a la exclusión del trabajador de la CTA es un aspecto que no le corresponde a esta jurisdicción, y que vista la demanda, los hechos, y la fijación del litigio, se reitera todas las pretensiones giraban en torno a la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, y que sobre la exclusión de la cooperativa del actor conforme e artículo 45 de la ley 79 de 1988 es de conocimiento de los jueces civiles municipales, a quienes corresponde resolver los litigios que entorno a las impugnaciones de actos o decisiones de la asamblea general o del consejo de administración de las cooperativas no se ajusten a sus estatutos o excedan los límites. No hay lugar a manifestación sobre las excepciones, se dio por no contestada la demanda. Sin costas.

APELACIÓN

DEMANDANTE

“Me permito interponer recurso de apelación al no encontrar la sentencia ajustada a derecho, que en su momento lo sustentaré en debida forma ante el Tribunal, pero presento a consideración las situaciones fácticas, que no tuvo en cuenta el Despacho; que la decisión se centró en la conformación de un contrato laboral, que como lo indico el juzgado el contrato laboral no aplica para esta clase de empresas, pero la cooperativa en el ámbito de salubridad, salud, se atiene al CST y a las normas que regulan toda la prestación de servicios tanto de la Ley 100 de 1993, como toda la normatividad de las atenciones de las EPS, ARL, en lo relacionado con las enfermedades que aquejan a los asociados, que debe tenerse en cuenta que es un trabajador, que le ha prestado sus servicios a la CTA durante mas de 20 años, que para que la CTA y sus asociados puedan prestar sus servicios necesariamente deben estar vinculados al régimen laboral de la Ley 100 en materia de salud, artículo 11, todo trabajador en Colombia debe estar afiliado al sistema de seguridad social, que el actor se encuentra vinculado a la EPS, ARL, al fondo de pensiones, y esa atención en salud fue la que no tuvo en cuenta la cooperativa; que por otro lado, no está supeditado, porque no lo coloque a su consideración, que debería atenderse el despido del asociado, su exclusión que fue de forma irregular, no está supeditado a que se dé o no el contrato de trabajo, que el despacho no atendió el hecho 2, en el cual se peticionaba, en la pretensión segunda, se indicaba que debía declararse que el actor fue retirado de la CTA sin el lleno de los requisitos legales, eso es vulneración de la norma, y no puede pasar por encima de la vulneración de la norma, porque el juzgado reconoció que la CTA por haber desatendido las órdenes del despacho no le fue tenida en cuenta la contestación de la demanda, eso llevaba a que el juzgado debía atender esos hechos como reales, el efecto de la no contestación de la demanda, debió considerar que el asociado no puede retirarse tan campantemente como lo señala el juzgado, que porque no esta en los



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2017 – 0013 – 01 DTE: RICARDO BOLIVAR ORTIZ DDO:
COOVIPOR CTA**

límites de la jurisdicción laboral, eso es incierto, eso está fuera de la norma, que la juez está habilitada como juez de la República para atender estas reclamaciones, además, porque así lo consagra el mismo estatuto, que si atiende el mismo se encuentra que cuando no se allega a la atención de la conciliación en materia laboral, porque no se llega a un acuerdo, se puede llegar al asunto laboral, y aquí se están tratando asuntos laborales, que conoce perfectamente la jurisdicción laboral, la civil no tiene nada que ver, solamente si estuviéramos refutando un acta o un acta de asamblea de la cooperativa, que estos son hechos de salud, ley 100 de 1993 con todas las prerrogativas que trae la ley 361, porque el demandante se encontraba en estado de discapacidad para el momento en que fue retirado de la cooperativa, y se reclama porque lo excluyeron encontrándose en tratamiento médico sin el cumplimiento de los requisitos legales de las normas laborales como de la CTA, que el señor fue citado a rendir descargos el 27 de marzo para que concurriera el 30 del mismo mes pero que por su condición de guarda de seguridad necesariamente debía esperar el relevo para poder asistir y este nunca le fue enviado, el juzgado no tuvo en cuenta eso, y está a folio 73 del plenario; que la CTA lo requirió nuevamente para que asistiera enviándole una citación para el 31 de marzo para que asistiera el 1 pero no dijo de que mes, ni de que año, esto se encuentra a folio 74, que el 1 de abril de 2015 recibe citación para el 7 de marzo de 2015 siendo que ya había pasado esa fecha, optan por dejar una constancia del 30 de marzo pero la misma es fecha del 1 de abril de 2015 o sea que no es del 30 de marzo, que el trabajador fue llamado a rendir descargos de lo que informó al Ministerio del Trabajo y a la Superintendencia de vigilancia, porque consideró irregularidades tanto en las citaciones como en los descargos, folios 77 a 79, que el trabajador reclamó ante el comité de convivencia de la CTA por una posible persecución laboral, si la persecución laboral no es laboral, entonces a que estamos jugando con la justicia, que quien recibió la citación fue el mismo gerente, que nunca le dio el impulso correspondiente, ni la atención que necesitaba esa situación, que la irregularidad de la exclusión de la CTA que es lo que debió atender su despacho se centra a que el día 3 de mayo de 2015 día domingo, enviaron a su casa copia del edicto emplazatorio, porque no conocían la notificación para que se presentara a la CTA para que atendiera la situación de notificación, igualmente que por una noticia que le dio su sobrino quien observó en la cartelera de la CTA y publicaron la resolución que lo habían excluido de la CTA, mientras estaba atendiendo un tratamiento médico, que conforme folios 106 en adelante la historia clínica todas las incapacidades, las dos intervenciones quirúrgicas, y el juzgado no lo tuvo en cuenta, que el 25 de mayo de 2015 el mismo trabajador presentó ante la junta de vigilancia del consejo de administración y la revisoría fiscal informando de su exclusión en estado de incapacidad y de tratamiento médico, el que no se tuvo en cuenta por el consejo de administración, no la gerencia, ni la revisoría fiscal, folios 97 y 98; que la enfermedad del trabajador asociado está en la historia clínica que data del 11 de agosto de 2008, estando vinculado a la CTA, y que surge por el estado de su trabajo, que mantenía 12 horas de pie, y que esa exposición fue la que devino en enfermedad que ahora se quiere sea atendida y que el juzgado no tuvo en cuenta, siendo atendido desde el 2008, hasta el 1 de agosto de 2016, más de un año después de ser excluido, que le tocó acudir de sus propios recursos para pagarse el tratamiento, que si se observa la historia clínica folios 106 a 175 que encontrándose en tratamiento médico, la CTA optó por sacarlo a vacaciones que cuando se habla de vacaciones no se habla de otra cosa sino de un trabajador, porque cómo es que una CTA saca a una persona a vacaciones sino es trabajador, eso es totalmente incoherente el fallo en ese sentido, que lo sacó a vacaciones el 23 de febrero de 2015 para regresar el 12 de marzo, pero el 6 de marzo tuvo el actor que acudir al médico y estuvo hospitalizado entre el 10 y el 16 de marzo,



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2017 – 0013 – 01 DTE: RICARDO BOLIVAR ORTIZ DDO:
COOVIPOR CTA**

por una intervención médica, estando programada desde enero de 2015, lo que no tuvo en cuenta la CTA, sino que lo contó como periodo de vacaciones normales, cuando lo ideal según la norma es que esas vacaciones se hubiesen suspendido, que la CTA ni siquiera tenía conocimiento de cómo se maneja esa situación; que el 20 de marzo de 2015, le entregan restricciones para el trabajo, es porque se trata de un contrato de trabajo, no de otra forma le pueden entregar restricciones a un trabajador así sea trabajador asociado, pero es trabajador, que además en la misma fecha le entregaron tres días de incapacidad, las cuales se han venido reclamando y que jamás le han cancelado durante el tiempo de esta incapacidad, y en el tiempo que estaba con las restricciones de trabajo según la CTA le estaban corriendo los términos de la resolución de exclusión, que el folio 140 donde obra esta situación, igualmente, para el día en que le envían el supuesto edicto o que le enviaron el tres de mayo, que el 4 de mayo estaba asistiendo a nuevo control por la cirugía que fue objeto, situación irregular por habérsela enviado un domingo, que debido a los dolores en la cadera y en sus extremidades inferiores fue programado para una cirugía para el día 7 de mayo de 2015, cuando ya no era asociado de la CTA, folio 152, que en sustento de la apelación se encuentra que la situación de indefinición de la CTA en cuanto al pago de incapacidades, pago de salud, turnos dejados de prestar, eso es materia laboral y no puede desconocer el juzgado, y que por ello es que ruega ante el Tribunal que se estudie de conformidad con la norma laboral porque en materia de salud la CTA no tiene otra regulación que atenerse sino a la que expida el Gobierno Nacional y no por ello puede dejar de desconocer el artículo 53 CP, la primacía de la realidad sobre otras situaciones, por lo tanto, al señor Bolívar no solo le adeudan 78 días de incapacidad y los últimos turnos laborados como trabajador asociado, sino que además la CTA debió haber suspendido las vacaciones el 6 de marzo cuando el actor estaba incapacitado y el 10 de marzo cuando estaba en tratamiento de una cirugía, que la apoderada de la demandada en la contestación de la demanda asintió haber recibido las incapacidades y nunca probó que hayan sido canceladas, que de ello obra a folio 242, que el reintegro del trabajador asociado se pedía porque así lo ha considerado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, que basta saber para la procedencia del reintegro que encontrándose en tratamiento médico con incapacidades vigentes y sin el permiso para el retiro por parte del Ministerio del Trabajo obra el expediente de tutela 3838163 magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva donde se indicó que el juez que conozca tiene el deber de reconocer a favor del trabajador, la ineficacia de la terminación o del despido laboral, el derecho a ser reintegrado a un cargo que ofrezca condiciones iguales que el cargo que venía desempeñando, capacitaciones e indemnización de 180 días de salario, como lo consagra la ley 361 de 1997 artículo 21, y sentencia T- 877 de 2014 que trata de la estabilidad laboral reforzada en personas de debilidad manifiesta y deterioro del estado de salud, que para el caso la exclusión del actor son situaciones netamente laborales, cuando una persona la excluyen de su trabajo que otra cosa tiene el trabajador para implorar sino acudir para que le atiendan esa situación, atendiendo a que la exclusión fue de manera irregular, porque ni siquiera fue notificado de forma personal, por aviso, sino por edicto que le llegó, que se lo enviaron un día domingo y no le fue aceptado los recursos del artículo 38 de la CTA y el artículo 43 del régimen de trabajo asociado lo dice claramente, que ante toda decisión proceden los recursos de reposición y apelación para que se surtan ante el consejo de administración y ante la asamblea general de delegados lo que no se surtió, por lo que considero que su fallo tiene desaciertos, lo que lleva a falta de justicia a favor del actor.



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte 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, se concretan en lo siguiente: que el juzgado se centró en el estudio de existencia del contrato de trabajo, olvidando que se trataba la demandada de una cooperativa de trabajo asociado; que lo solicitado al interior de la pretensión 2 de la demanda se basó en el retiro del actor sin el cumplimiento de los requisitos legales; que por haberse dado por no contestada la demanda debían declararse ciertos los hechos de la misma; que lo pretendido acerca de la exclusión del actor de la CTA es competencia de la jurisdicción laboral, por tanto debió decidir sobre el retiro del demandante teniendo en cuenta las particularidades que se dieron en el trámite de notificación del proceso sancionatorio; que el actor fue retirado encontrándose en tratamiento médico y que por tanto era beneficiario de la protección de estabilidad laboral reforzada e insiste en el reconocimiento y pago de las incapacidades.

En primer lugar, frente a la inconformidad acerca que el a quo no debió ahondar en el análisis de la existencia del contrato de trabajo, se recuerda al apelante que son diferentes las connotaciones jurídicas de un contrato asociativo al que se rige por el CST, que si es propiamente un contrato de trabajo.

Al respecto, el artículo 11 del Decreto 4588 de 2006, define al acuerdo cooperativo de trabajo asociado así:



“Es el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objeto de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado, denominada Cooperativa o Pre Cooperativa de Trabajo Asociado, cuyas actividades deberán cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro.

Este acuerdo debe surgir de la manifestación libre y voluntaria de la persona natural que participa en la creación de la Cooperativa de Trabajo Asociado, o que posteriormente se adhiera suscribiendo el acuerdo cooperativo correspondiente.

Este acuerdo obliga al asociado a cumplir con los estatutos, el régimen de trabajo y de compensaciones y el trabajo personal de conformidad con sus aptitudes, habilidades, capacidades, y requerimientos en la ejecución de labores materiales e intelectuales, sin que este vínculo quede sometido a la legislación laboral. (Subraya el Tribunal).

Por su parte, el contrato de trabajo regido por el CST, conforme el artículo 22 de ese compendio, se define como: *“...aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.*

Las normas antes citadas, sirven para indicar al recurrente que, no por el simple hecho de tratarse de un trabajador asociado, ya por esa sola connotación su vinculación deba regirse conforme el CST, puesto que para ello previamente se debe analizar si entre las partes, y conforme el principio de la primacía de la realidad, lo que se dio fue un verdadero contrato de trabajo, y de allí determinar si es la legislación laboral o la de orden cooperativo, la que debe guiar la solución de las eventuales controversias.



Téngase en cuenta que, el recurrente cuestiona la falta de aplicación de normas laborales, y que si bien, el actor era un trabajador asociado, de todas maneras, era un trabajador, inferencia que no es correcta, puesto que, como se indicó en precedencia, lo que determina las normas a aplicar, es la naturaleza jurídica del vínculo que se dio entre las partes.

Ahora, no debe olvidarse que lo que le imprime competencia a esta jurisdicción, es precisamente, entre otros asuntos, que las pretensiones versen sobre conflictos jurídicos que se originan directa o indirectamente en el contrato de trabajo, conforme lo prevé el numeral 1 del artículo 2 del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 712 de 2001.

Aunado a lo anterior, de la lectura de las pretensiones entiende la Sala, así como lo hizo el a quo, que lo pretendido obedece a la declaración de un contrato de trabajo, y que una vez ello, se disponga el estudio de las peticiones consecuenciales, que, si ese no era el querer, conforme el argumento que se concluye del recurso, entonces esta jurisdicción no es la competente para conocer del contrato asociativo, conforme el artículo 11 del Decreto 4588 de 2006, y, de todas maneras, en el presente asunto no se encontró demostrada tal relación de trabajo a la luz de la legislación laboral, ni tampoco se insistió en ello con el recurso, del cual en su estudio no debe perderse de vista el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., o principio de consonancia.

Por otra parte, sobre la inconformidad acerca que se dejó de resolver la pretensión segunda, con la que se discute que el actor fue desvinculado sin el cumplimiento de requisitos legales, al revisar la demanda a folio 226 del



escrito de subsanación, por medio de la pretensión declarativa segunda se solicitó lo siguiente:

2. Se declare por su despacho que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE VIGILANCIA AGENTES EN USO DE BUEN RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL COOVIPOR CTA, retiró de la compañía al trabajador, encontrándose en estado de incapacidad y en tratamiento médico, sin permiso del Ministerio del Trabajo.

Y con la pretensión segunda de condena, se solicita se condene a la demandada al pago de las incapacidades que enlista en esa petición, es decir, que lo citado no guarda coherencia con los términos del recurso.

Con todo, llama la atención que el recurrente no insiste en que se declare la relación laboral entre el actor y la convocada, siendo que de allí se deriva la posibilidad de ahondar en el estudio de las demás pretensiones, ya que se reitera, no puede entenderse para todos los efectos legales, que el trabajador inmerso dentro de la legislación cooperativa corresponda al trabajador destinatario de la legislación laboral inserta en el CST, pues no lo es.

En consecuencia, ante la falta de acreditación de existencia del contrato de trabajo, no es posible entrar al análisis de los demás puntos del recurso, que se sustentan teniendo erróneamente por cierto que existió un contrato de trabajo, por ende, la decisión de primera instancia se confirmará.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado