

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CRISTIAN FELIPE SEGURA ALVARADO CONTRA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM Rad. 2018 00292 01 Juz 05.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CRISTIAN FELIPE SEGURA ALVARADO demandó a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 5.

- Existencia de contrato de trabajo desde el 11 de octubre de 2012 hasta el 28 de diciembre de 2015.
- Reajuste de salarios con lo devengado por los Auxiliares Administrativos de la plata de personal de Caprecom.
- Pago de las cesantías e intereses a las cesantías.
- Vacaciones.
- Prima de navidad.
- Prima técnica.

- Prima de servicios.
- Prima de vacaciones.
- Bonificación por servicios.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Aportes al sistema de seguridad social sobre el salario realmente devengado.
- Devolución de los aportes al sistema de seguridad social.
- Sanción moratoria por no consignación de cesantías.
- Indemnización moratoria.
- De manera subsidiaria la devolución de los valores pagados por pólizas de seguro.
- De manera subsidiaria la Indexación.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 a 3. Se vinculó a Caprecom el 11 de octubre de 2012 a través de sucesivos contratos de prestación de servicios que se extendieron hasta el 28 de diciembre de 2015. Desempeñó el cargo de auxiliar administrativo para el apoyo de la gestión de los procesos financieros que desarrollaba Caprecom. Mediante decreto No. 2519 del 28 de diciembre de 2015 se produjo la terminación del contrato laboral con el demandante. Durante el vínculo laboral se celebraron un total de cinco contratos de prestación de servicios con la entidad y dos prórrogas, los cuales se identifican como; N° ON01-3757/12, N° ON01-357/13, N° ON01-176/14, N° ON01-418/14 y N° ON01-129-2015. El demandante laboró para la demandada sin solución de continuidad. El salario devengado era de \$1.271.000 pesos. En el desarrollo de la relación contractual, el actor trabajó bajo subordinación continua, cumpliendo horario laboral y donde siempre desempeño las funciones en el mismo cargo. El demandante pagaba sus aportes en pensión y salud previo al pago de su salario. Elevó reclamación administrativa a la entidad demandada, en la cual solicito la cancelación de sus créditos laborales, y la misma fue resuelta negativamente el 16 de febrero de 2018.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, la demandada contestó de la siguiente manera:

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM contestó en los términos del escrito visible a folios 44 a 54.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el vínculo contractual, los contratos de prestación de servicios suscritos y la continuidad de los contratos.
- Formuló como excepciones de fondo el pago total, inexistencia del derecho y la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral y contrato de trabajo, cobro de lo no debido, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, inexistencia de la aplicación del principio de la primicia de la realidad, mala fe y declaratoria de otras excepciones.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR que entre **CRISTIAN FELIPE SEGURA ALVARADO** y la extinta **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM**, existió un contrato de trabajo desde el 11 de octubre de 2012 hasta el 28 de diciembre de 2015.
SEGUNDO: CONDENAR al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM**, cuya administración y vocería la ostenta la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, a pagar al señor, las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

1. \$5.032.552, por concepto de auxilio de cesantías.
2. \$2.044.192, por concepto de compensación en dinero de las vacaciones.
3. \$2.044.192, por concepto de compensación en dinero de la prima de vacaciones legal.
4. \$5.032.552, por concepto de prima de navidad legal.
5. \$4.363.766, por concepto de indemnización por despido injusto.
6. Las condenas impuestas deberán ser indexadas teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de diciembre de 2015 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago.

TERCERO: CONDENAR al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM**, cuya administración y vocería la ostenta la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a pagar a la entidad de seguridad social en pensiones a la que se encuentre afiliado el señor **CRISTIAN FELIPE SEGURA ALVARADO**, el valor del cálculo actuarial por aportes al sistema de seguridad social en pensiones entre el periodo comprendido entre el 11 de octubre de 2012 al 28 de diciembre de 2015 teniendo en cuenta un Salario Base de Cotización de \$1.897.933 para 2012 y \$1.924.142 para 2013, \$1.422.695 para 2014 y \$1.271.000 para 2015.

CUARTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de inexistencia de la obligación respecto de las pretensiones no reconocidas e indemnizaciones.

QUINTO: COSTAS a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación de costas, la suma de \$1.800.000, valor en que se estiman las agencias en derecho a cargo de esta demandada."

Llego a esa determinación previo al análisis de los medios de prueba allegados que acreditaron los elementos integrantes de la relación laboral, como lo es la prestación personal del servicio, subordinación y salario, lo que le llevo a concluir que la relación fue continua e ininterrumpida, en consecuencia ordeno el pago de las acreencias laborales de índole legal. Impartió condena por concepto del despido injusto y no condeno las acreencias convencionales por no haberse allegado la convención colectiva que las contiene. Condeno el pago de los aportes al sistema de seguridad social ante la ausencia de demostración del pago de los mismos. Absolvió a la accionada del pago de la indemnización moratoria debido al hecho incontestable de la liquidación de Caprecom.

Recurso de apelación

La parte demandante alega que se debió condenar al pago de la indemnización moratoria, toda vez que se encuentra acreditada la presunción de mala fe establecida en el Decreto 797 de 1949 al no observarse por parte de la demandada un raciocinio lógico para la utilización de ese tipo de contratos en la vinculación del actor a la entidad.

La parte demandada inconforme con la declaratoria del contrato de trabajo y la interrupción de más de dos meses sustentada, aduce que durante todo el lapso de prestación de servicios se encontró probado que la interrupción que ocurrió entre el 31 de marzo de 2013 al 11 de junio de 2013, se vio completamente demostrada dentro de estas diligencias y no existe un raciocinio lógico que lleve a pensar o a concluir que una persona trabaje sin percibir remuneración alguna, máxime cuando se trató de una orden de prestación de servicios. Manifiesta que para el caso del demandante esta situación no se presentó, por el contrario, no hay prueba con la que se pueda concluir que prestó esos servicios durante ese tiempo, más aún cuando no se tuvo el pago de los honorarios en ese momento deprecados y tampoco el actor elevó reclamación ante control interno por dicha situación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Insiste en la mala fe de la demandada, pues con las pruebas recaudadas en el proceso se encuentra probada y así lo ratifica la accionada al manifestar que vincularon a través de contratos de prestación de servicios al señor CRISTIAN FELIPE SEGURA ALVARADO para desarrollar su objeto social y misional. La primera instancia apreció equivocadamente el material probatorio, que lejos de dar cuenta de un actuar transparente, reflejan su intención de encubrir una verdadera relación laboral para así evadir el reconocimiento de derechos laborales, lo cual es

suficiente para que proceda la sanción moratoria prevista en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1 949 para el sector oficial. Las demás pretensiones negadas, se evidencia que eran canceladas a los trabajadores oficiales de CAPRECOM, por lo que se debe acceder a la condena solicitada en estos aspectos. Por todo lo anterior ratifica la solicitud para que se modifique la sentencia apelada y se acceda a todas las pretensiones.

Parte demandada: solicita se revoque la decisión. Manifiesta que en sentencia SL981-2019, la CSJ SL indico que en torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales. Por lo anterior se permite manejar un rango de hasta un mes de interrupción para efectos de la solución de no continuidad. Así las cosas, no se valoró esta interrupción y se dio por probado sin estarlo la solución de no continuidad en los contratos.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO ADMINISTRADO POR LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en los puntos en los que fue condenada y no fueron apelados¹.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la documentales obrantes a fls. 14 a 23 consistentes en la reclamación de acreencias laborales de fecha 26 de enero

¹ Lo anterior dado los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 34552 del 26 de noviembre de 2013 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón ratificada en la sentencia AL4088-2014 radicación No 60884 del 23 de junio de 2014 MP Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

de 2018 junto con la respuesta ofrecida por la entidad, con lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Existencia de la Relación Laboral

Conforme se precisó en el resumen de los antecedentes, el tema se contrae a determinar si entre las partes existió un vínculo laboral que permita derivar los derechos que reclama el demandante. Para resolver la controversia se debe recordar que la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM fue una Empresa Industrial y Comercial de Estado vinculada en su momento al Ministerio de Comunicaciones, por lo que sus empleados por regla general son trabajadores oficiales, luego el régimen jurídico aplicable a las relaciones individuales de trabajo de estas entidades será el Decreto 2127 de 1945 que reglamentó la Ley 6 de igual año, que en el artículo 2 establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos: a) La actividad personal del trabajador; b) La dependencia respecto del patrono que otorga a este la facultad de imponer un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada y no instantánea o simplemente ocasional y c) El salario como retribución del servicio. Reunidos estos elementos el contrato de trabajo no dejará de serlo por virtud del nombre que se le dé...²

El demandante **CRISTIAN FELIPE SEGURA ALVARADO** al absolver el interrogatorio de parte dijo que prestó sus servicios entre abril, mayo y junio de 2013 para Caprecom. No hubo prórroga del contrato 3757 de 2012 ya que normalmente Caprecom se demoraba en hacer la contratación. La remuneración no se le cancelo pero trabajó por no perder el cargo o quedar desvinculado. Normalmente se demoraban mes y medio por pagar. En ese año duro dos meses

² Artículo 3 Decreto 2127 de 1945

sin recibir salario. Su sostenimiento en ese periodo fue de sus ahorros, pues los empleados estaban precavidos para esas eventualidades que eran frecuentes.

Se recibió el testimonio de **CLARA OVALLE**; dijo que fue funcionaria de planta de Caprecom desde el 30 de diciembre de 1998 y hasta el 9 de mayo de 2016 cuando fue liquidada Caprecom. Fue compañera de trabajo del actor, él estaba por OPS y trabajaba en la IPS. La mama de Cristian trabajaba como funcionaria de planta en Caprecom y salió pensionada. En el año 2012 Cristian ingresó a Caprecom. Fue funcionaria de control interno de toda la vida y el 20 de marzo de 2013 fue nombrada jefe de control interno encargada, cargo que desempeñó hasta el 30 de septiembre de 2015. Al lado de su oficina estaba la subdirección de la IPS. Ella hacia requerimientos a las diferentes dependencias de la entidad y en ocasiones Cristian llevaba las respuestas de la subdirección de la IPS. En otras ocasiones hacia trabajo de campo e iban a las dependencias para verificar la información remitida. Cree que él trabajaba antes de 2013 en el área financiera o en la subdirección IPS. Antes del 2013 había tenido relación con Cristian por la mama. Los contratistas por OPS y en el caso de Cristian Felipe él trabajaba como contratista de Caprecom. Siempre se terminaba un contrato y continuaban con el siguiente, no dejaba de trabajar. Le consta porque la mama era del área de contratación y porque la oficina de control interno estaba al lado de la subdirección de IPS y ella siempre lo veía ahí. El vínculo de Cristian finalizó con la liquidación de Caprecom, los primeros en salir fueron los contratistas. No recuerda si lo vio en la época decembrina de 2015 (fecha de la liquidación de Caprecom) pero que él siempre estaba con la mama, ya que ella fue funcionaria de Caprecom también. Trabajaban en el mismo piso. Caprecom les proporciona los elementos de trabajo. Les tocaba reponer tiempo para disfrutar de los turnos de navidad o festividades. No recuerda que el señor Cristian reclamara por los dos meses que siguió trabajando, pero no le pagaron salario. Caprecom no le decía al ente de control que trabajador estaba sin contrato. Ellos seguían laborando así no estuviera aun el contrato, siempre había continuidad. Era normal que los empleados duraran días sin contrato, pero que cree recordar que en alguna

oportunidad ocurrió que una señora duro dos meses para que se le formalizara su contrato.

También se escuchó como testigo a **María Cano**; dijo que fueron compañeros de trabajo desde octubre de 2012 a junio de 2013 cuando cambio de sitio de trabajo. Fue encargada de recolectar todos los trabajos que se hacían para presentar ante el área financiera en el tema de liquidación de contratos. Ella fue contratista desde el año 2010 hasta el año 2015. Cristian fue su asistente, con otras 13 personas que tenía a cargo. Ella dependía de la doctora Vilma Ladino del área financiera quien era funcionaria de planta. Cristian no dejo de prestar servicios en el mes de junio de 2012. Ella sabía que así el contrato se terminara mientras se hacia el CDP y RP seguían laborando siempre los contratistas. A los contratistas Caprecom les daban un inventario al iniciar, al finalizar debían llevar ese mismo inventario. Cumplían horario y órdenes a pesar de ser contratistas, estaba bajo una subordinación continua. Tenían ingreso por huella y firmaban en algunas ocasiones planilla. En el momento que salió de Caprecom estuvo como contadora en el hospital de Funza y estuvo vinculada en una firma de revisoría fiscal, que ella se contactó con Cristian para saber telefónicamente como estaba él y si seguía allá laborando. Entre 15 días o hasta un mes podía transcurrir para la firma del CDP para que se realizara el otro contrato, pero nunca dejaban de trabajar. Se presentaba la cuenta de cobro y soporte y les pagaban un mes vencido dependiendo el presupuesto. Pagaban el tiempo de elaboración del CDP pese a que se retrasaba por su legalización nunca dejaron de pagarles todo completo. Afirma que, en los meses de abril, mayo y junio de 2012 y hasta junio de 2013 el siempre realizo sus actividades. Los honorarios a Cristian se le pagaban por medio de la cuenta de certificación bancaria, lo que le consta porque ella adelantaba esos trámites. Los dos meses que estuvo sin contrato de trabajo no le fueron pagados.

Junto con la demanda fueron allegadas las siguientes documentales:

- Constancia expedida por la demandada donde se relacionan las siguientes OPS ON01-3757/12 vigencia 2012, ON01-357-13 vigencia 2013, ADI Y PRORR. ON01-357-13 vigencia 2013, ON01-176/14 vigencia 2014, AD. ON01-176/14 vigencia 2014, ON01-418-14 vigencia 2014 y ON01-129-2015 vigencia 2015.
- OPS No. 3757-2012 del 11 de octubre de 2012 (fl. 24-26), con plazo desde su perfeccionamiento y hasta el 31 de marzo de 2013.
- OPS No. 0357-2013 del 11 de junio de 2013 (fl. 27-28), con plazo desde su perfeccionamiento y hasta el 30 de noviembre de 2013.
- OPS No. 0176-2014 del 23 de enero de 2014 (fl. 29-32), con plazo desde el 23 de enero y hasta el 30 de abril de 2014.
- Acta No. 01 Adición y prorroga a la OPS No. 0176-2014 del 23 de enero de 2014 (fls. 33) con prorroga hasta el 19 de junio de 2014.
- OPS No. 0418-2014 del 1 de julio de 2014 (fl. 34-35), con plazo desde el 23 de enero y hasta el 31 de diciembre de 2014.
- OPS No. 0129-2015 del 13 de enero de 2015 (fl. 36-38), con plazo desde su perfeccionamiento y hasta el 31 de enero de 2016.

Conforme el Artículo 2° de la Ley 314 de 1996³, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones era una Empresa Industrial y Comercial de Estado que operaba en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (EPS) y como Institución Promotora de Salud (IPS) acorde con lo establecido con la Ley 100 de 1993, por lo que ofrecía a sus afiliados el Plan Obligatorio de Salud y en cumplimiento de la función de *"organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional..."*⁴. Resulta entonces claro que el objeto de los contrato de prestación de servicios suscritos con el demandante son afines al objeto misional de la entidad, estas

³ Por la cual se reorganiza a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caprecom, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.

⁴ Numeral 3 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993.

características también son descritas por los testigos. Los cuales coinciden con las conclusiones a las que se llegó a través de otros medios de prueba y que por encontrar correspondencia entre ellas gozan de plena credibilidad. En esa medida la labor de prestación de servicios técnicos de apoyo en la subdirección financiera, tecnólogo y auxiliar administrativo para apoyo de la gestión de la subdirección IPS, corresponde a las labores que ordinariamente debía ejercer la demandada en desarrollo de su deber legal, por lo que en efecto entre el demandante y Caprecom existió un contrato de trabajo entre el 11 de octubre de 2012 y el 28 de diciembre de 2015, estableciéndose una relación continua. Si bien en la suscripción de las OPS se advierte una interrupción entre el 30 de noviembre de 2013 y el 23 de enero de 2014, y otra entre el 1 de abril y el 10 de junio de 2013 esta última que corresponde a más de dos meses, se debe decir con relación a la primera que de la certificación expedida por Fiduprevisora se advierte la adición y prórroga al contrato ON01-357-13 vigencia 2013, al mismo tiempo las testigos fueron contestes y coincidentes al señalar que el actor prestó sus servicios para Caprecom en el área financiera de manera continua e ininterrumpida incluido estos lapsos, bajo el cumplimiento de un horario y en el desarrollo de las actividades que le correspondían y bajo la supervisión de María Cano y de Vilma Ladino; téngase en cuenta los cargos por ellas desempeñados que corresponden a Jefe de Control Interno en el caso de Clara Ovalle quien además era empleada de planta, y en lo que refiere a María Cano, era la jefe directa del demandante. En consecuencia a pesar de no existir pago de honorarios en este lapso, Cristian Felipe prestó sus servicios en busca de su permanencia en la entidad y en el cargo, lo que evidentemente logró y permaneció hasta que inicio el proceso de liquidación de Caprecom.

En relación con el extremo final a pesar que la OPS No. 0129-2015 del 13 de enero de 2015 tenía como fecha de finalización el 31 de enero de 2016, tal como lo determinó el A quo el vínculo finalizó el 28 de diciembre de 2015, lo que se advierte de las declaraciones así como lo afirmado por el demandante, y que además coincide con lo dispuesto en el decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, por lo que se

mantendrá este extremo. Por lo anterior se **confirma** el ordinal primero de la sentencia consultada y apelada.

Prestaciones sociales

Probada la existencia del contrato de trabajo y la falta de pago de las prestaciones sociales y vacaciones, no cabe duda a esta Sala que es procedente su pago, en los términos y cuantías establecidos en la sentencia de primera instancia, al igual que sucede con la condena al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, conceptos que se mantendrán incólumes.

Indemnización por despido

Frente a la terminación del vínculo laboral encuentra la Sala que se demostró la existencia de un contrato de trabajo, los cuales tendrán vigencia mientras duren las causas que le dieron origen y no se podrán dar por terminado sino por alguna de las justas causas contempladas en el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965. Como no se demostró una causal de despido, el demandante tiene derecho a la indemnización por despido sin justa causa, la cual se debe liquidar conforme el plazo presuntivo que prevé el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945. En esa dirección ha de decirse que en este caso se declaró un contrato de trabajo a término indefinido, caso en el cual se debe dar aplicación al artículo 40 del Decreto 2127 de 1945 el cual prevé *"El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses..."*. Igualmente, el artículo 43 del mismo cuerpo normativo, consagra: *"El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, **se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses**, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo..."*. Y de otra parte, el artículo 51 *ibidem*, determina:

“Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo...”.

En ese orden de ideas, a efectos de determinar esta indemnización se debe tener en cuenta la vinculación continua del actor a partir del 11 de octubre de 2012 al 28 de diciembre de 2015, por lo que la indemnización corresponde a los salarios causados entre el 29 de diciembre de 2015 y el 10 de abril de 2016 (3 meses y 13 días), esto es la suma de \$4.363.766, punto en que se **confirma** la sentencia.

Indemnización moratoria

En lo que respecta a esta indemnización el artículo 1º del Decreto 797 de 1949⁵ que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 dice que se entiende que el contrato no ha finalizado si a la terminación el empleador no paga a su trabajador los salarios y prestaciones adeudados. Sin embargo frente a este tema la jurisprudencia de la Corte⁶ ha explicado que esa disposición no admite una interpretación rigurosamente literal, pues su verdadero sentido no es revivir el contrato cuando a su terminación no se le pague al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones adeudadas dentro de los 90 días siguientes, pues lo que procede es una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora a título de indemnización moratoria, también la

⁵ *"Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.*

(...)

PARÁGRAFO 2o. *Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4 de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.*

(...)

Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley”.

⁶ *Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicado 20523 del 9 de octubre del 2003.*

jurisprudencia ha incorporado otros elementos para configurar su procedencia, esto es que su aplicación no es automática ni inexorable, pues su imposición depende de una conducta patronal ausente de buena fe⁷, presunción en contra de la parte demandada que no se logró desvirtuar, pues es evidente que se quiso disfrazar el contrato de trabajo mediante sendos contratos de prestación de servicios profesionales para la ejecución de tareas propias de la entidad, contraviniendo la finalidad establecida para aquel tipo de contratación en el Estado.

En virtud del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, para el efecto se deben señalar dos cosas: i) que los 90 días a que alude la norma reseñada, se entienden **hábiles**, tal como lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral en sentencia del 3 de agosto de 2010, radicado No. 39727 M.P. Doctor EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS, método que además utilizó la corporación en sentencia SL5544-2014 Rad. 48656 del 30 de abril de 2014 M.P. Doctor LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS para liquidar dicha indemnización con base en la normativa aquí aplicada. Y ii) que aun cuando la liquidación del empleador, no genera *per se* la exoneración del pago de la sanción moratoria, porque es claro que, pese a encontrarse en tal estado, puede incurrir en actos que respecto de ese débito resulten contrarios a la buena fe; lo cierto es que la mala fe no se presume con posterioridad a la entrada en liquidación de una empresa y su concurrencia exige la prueba correspondiente, tal como lo dispone el artículo 83 de la Constitución Política.

Al respecto tenemos que se logró acreditar la realidad de situaciones inherentes a una relación laboral. Por tanto no es de recibo el actuar de la entidad accionada, en la medida que utilizó la modalidad de contratos de prestación de servicios como fachada para disfrazar una verdadera relación laboral regida por un contrato de trabajo. Ahora, si bien es cierto que mediante Decreto 2591 del 28 de diciembre de

⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicado N° 30114 del 22 de enero del 2008. M.P. Isaura Vargas Díaz.

2015, se ordenó la liquidación de CAPRECOM, circunstancia que podría impedir el cumplimiento oportuno de las obligaciones laborales, también lo es que esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que la entidad demandada actuó bajo la intervención de un agente liquidador, situación que descarta de tajo un actuar revestido de buena fe. Puestas así las cosas y conforme lo dispuesto por la jurisprudencia, la Indemnización moratoria empezará a correr desde el 2 de mayo de 2016 hasta el 27 de enero de 2017, data en la cual culminó el proceso liquidatorio de Caprecom EICE en Liquidación. Efectuadas las operaciones aritméticas del caso, arroja un guarismo único de **\$11.396.634** a razón de \$42.367 diarios (\$1.271.000) (fl. 36 a 38) por 269 días. En este sentido se **adicionara** la sentencia apelada y consultada.

Por las anteriores consideraciones se modificará la sentencia apelada y consultada como se consiga en la parte resolutive, de conformidad con las razones aquí expuestas.

COSTAS

Las de primera se confirman, las de la alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de octubre de 2019, así:

CUARTO: CONDENAR al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM** cuya administración y vocería la ostenta la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, a pagar al señor **CRISTIAN FELIPE SEGURA ALVARADO** la suma de \$11.396.634 por concepto de indemnización moratoria.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de octubre de 2019, por las razones aquí expuestas.

TERCERO. – COSTAS: Las de primera se confirman, las de la alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil pesos M/Cte. (500.000) como agencias en derecho.

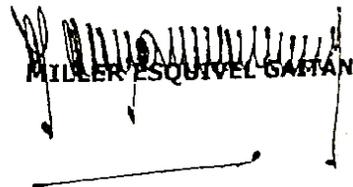
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ENRIQUE MANUEL RAMOS ARTEAGA
CONTRA HERNANDO CHAPARRO SOCHA. Rad. 2018 00559 01 Juz 26.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ENRIQUE MANUEL RAMOS demandó a HERNANDO CHAPARRO SOCHA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 2.

- Declaración de la existencia de contrato de trabajo entre el 14 de junio de 2016 hasta el 21 de junio de 2018.
- Cesantías e intereses a las cesantías.
- Indemnización por no pago de cesantías.
- Sanción por no pago de los intereses a las cesantías.
- Prima de servicio.
- Vacaciones.
- Indemnización por falta de pago.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Indexación.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 4. Inició a laborar para el demandado el 14 de junio de 2016 en el cargo de administrador. El salario pactado fue el smmlv. El señor Hernando Chaparro le pidió al demandante registrar en cámara de comercio el establecimiento "Chori Pizza & Broaster". El 24 de agosto de 2017 se formalizó el registro ante la cámara de comercio. Pese a lo anterior las

condiciones del contrato de trabajo continuaron igual. EL 21 de junio de 2018 el demandado le dijo al señor Enrique Manuel Ramos que no iba a continuar trabajando con él, porque no era rentable pagar dos sueldos. El demandante solicitó cancelar la cámara de comercio que aparecía a su nombre, a lo cual el demandado respondió que estaba vencida y que debía pagar la multa que ascendía a la suma de \$800.000 pesos. Las partes intentaron hacer un arreglo en que el demandado le ofreció al actor la suma de \$400.000, pero el demandante no aceptó. El contrato fue terminado sin justa causa y el empleador no pagó lo correspondiente a cesantías, auxilio de las cesantías, prima de servicios y vacaciones.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad, se corrió el traslado respectivo pero el demandado contestó de manera extemporánea por lo que mediante auto de fecha 23 de mayo de 2019 se le tuvo por no contestada y como indicio grave en su contra.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor ENRIQUE MANUEL RAMOS ARTEAGA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.128.053.989 y el HERNANDO CHAPARRO SOCHA identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.397.760, existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 14 de junio de 2016 y el 21 de junio de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR al demandado HERNANDO CHAPARRO SOCHA, a pagar al demandante señor ENRIQUE MANUEL RAMOS ARTEAGA, las siguientes sumas:

- a) \$1.488.007 Por concepto de auxilio de cesantía.
- b) \$134.705 Por concepto de intereses a las cesantías.
- c) \$134.705 Por concepto de indemnización por no pago de intereses a las cesantías.
- d) \$1.488.007 Por prima de servicios.
- e) \$744.003 Por compensación de vacaciones y,
- f) \$1.313.485 Por indemnización por despido injusto.

Sumas todas estas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de pago, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la parte demandada. Por secretaria, practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000)-"

Llegó a la anterior determinación porque se demostró la relación laboral; esto es la actividad personal, la subordinación y el salario, situación que fue confesada por el demandado en su interrogatorio de parte cuando afirmó que había contratado al actor por dos meses como pizzero. Pese a la sociedad comercial que suscribió con el demandante, la relación civil o comercial no excluye el contrato de trabajo y así llegó a la conclusión de que el accionante tenía la calidad de empleado y de socio de forma simultánea. En cuanto al pago de la sanción moratoria declaró probada la excepción de buena, toda vez que el demandado no le adeudaba al actor suma de dinero alguna a la finalización del contrato, debido a que presentaba confusión acerca del tipo de relación que tenía con el demandante por la sociedad comercial que existía entre ellos. No encontró probada la justa causa del despido, ya que no fue invocada ninguna causa legal al momento de dar por finalizado el vínculo contractual.

Recurso de apelación

La parte demandante alega que se debe condenar al pago de la indemnización por falta de pago de prestaciones sociales y la sanción moratoria, pues el demandado actuó de mala fe al abstenerse de pagar los conceptos derivados de su obligación como empleador.

La parte demandada solicita se revoque en su totalidad la sentencia. Manifiesta que al principio fue una relación laboral pero al cabo de dos meses mutó a una sociedad comercial. En consecuencia es un conflicto entre dos socios, los dos tenían la misma calidad y habían pactado la distribución del trabajo, las ganancias y las funciones, donde el demandante era el encargado de atender el negocio pero no bajo una subordinación, pues el trato fue netamente de socios. De igual forma el salario y subordinación tampoco fueron debidamente probados en el proceso. Por todo lo anterior no hubo relación laboral, solo fue una sociedad fallida.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa procesal.

Parte demandada: no se pronunció en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer la existencia del contrato de trabajo y la procedencia de las acreencias, sanciones e indemnizaciones.

Existencia del Contrato de Trabajo y extremos

Para definir la existencia de la Relación Laboral de ENRIQUE MANUEL RAMOS ARTEAGA con HERNANDO CHAPARRO SOCHA, se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como "aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración".

El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador en virtud de la cual; una vez se acredite la prestación del servicio se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado. Acorde al sustento normativo,

corresponde a La Sala examinar el material probatorio allegado al proceso y así determinar si se logró establecer la relación laboral.

Junto con la demanda fue allegada la inscripción en el registro mercantil ante la Cámara de Comercio de RAMOS ARTEAGA ENRIQUE MANUEL como propietario del establecimiento de comercio "CHORI PIZZA & BROASTER", el que fue registrado el 24 de agosto de 2017.

La demandada allegó documento suscrito por el demandante, según el cual el establecimiento ALA BROASTER y su propietario HERNANDO CHAPARRO se encuentran a paz y salvo por todo concepto con el actor, suscrito el día 22 de junio de 2018.

El demandante ENRIQUE MANUEL RAMOS ARTEAGA al absolver el interrogatorio, dijo que empezó a trabajar con el demandado el 14 de junio del 2016. Tenían una relación de amistad. En una oportunidad hablaron de conformar una sociedad pero no se concretó. El contrato de trabajo se terminó el 21 de junio de 2018. El demandado le dijo que terminaba el vínculo porque ya no lo necesitaban para seguir trabajando, hablaron de un dinero pero no fue entregado. Tuvieron una discordia que requirió intervención de la Policía para que saliera del negocio. Suscribió un documento con huella que decía que estaba libre por todo concepto y requirió al demandado para que le entregara su dinero porque no había sociedad. En relación con el certificado de cámara de comercio aclaró que el señor Hernando una vez llegó y le dijo que hicieran el trámite y le ofreció la ayuda de un amigo, quien le pidió la cedula y después le dijo que ya estaba registrada. Al finalizar el contrato se acerca para definir con Hernando que hacer con el registro ante cámara de comercio, y recibe como respuesta que debía pagarla porque estaba vencida, lo que originó la discordia donde intervino la Policía.

Por su parte el demandado HERNANDO CHAPARRO al absolver interrogatorio de parte; dijo que conoció al demandante porque trabajo como empleado por un término de dos meses y en adelante como socio. La sociedad fue conformada en el 2016 y el acuerdo era cincuenta por ciento para cada uno. El contrato como trabajador fue con la esposa el 14 de junio de 2016. El salario devengado era \$40.000 mil o \$45.000 pesos diarios. Después de conformada la sociedad le restaron 5.000 pesos porque ya era socio. Trabajo hasta el 21 de julio de 2018 cuando se

terminó la sociedad, fue socio y al mismo tiempo fue empleado. No le pago las prestaciones sociales porque habían acordado un periodo de prueba. Como transcurridos dos meses paso a ser su socio, no determinaron el pago de prestaciones. En relación con el horario relato que llegaba a las 11:00 am y trabajaba hasta las 9:30 pm o 10:00 pm y tenía un día de descanso a la semana. El cargo desempeñado fue el de pizzero. Tuvo problemas con Enrique por el incumplimiento del horario como empleado. Pese a que era socio le solicitaba que cumpliera el horario y que debía abrir el negocio. El demandante tenía muchos problemas familiares. Cuando hacían cuentas utilizaba el dinero para tomar. Los ingresos disminuyeron ostensiblemente. Las cuentas no se llevaban correctamente. Le contaban que no había pollo para fritar ni había nada para vender. Los proveedores empezaron a llamar ante el incumplimiento, así como la propietaria del local por el dinero del arrendamiento. Estas razones dieron lugar a la terminación de la sociedad. Al actor no se le pagaba como empleado. Dentro del acuerdo de socios estaba algo similar al salario integral. En lo que tiene que ver con la sociedad dijo que el primer acuerdo consista en que le iba a arrendar el negocio, luego el arrendamiento era solo de la mitad. Después el actor dijo que la hermana pediría un préstamo para comprar el negocio, el que fue negado; entonces él dijo que iba a sacar un préstamo y que el actor se encargaba de administrar el negocio. De los ingresos se pagaban todas las deudas y lo que quedaba se repartía la mitad para cada uno. Por el arrendamiento acordaron una mensualidad. De lo recibido por Ramos Ortega tuvo la posibilidad de adquirir un lote en la Costa que le costó \$12.000.000 y una moto. Al finalizar la relación le hizo firmar al actor un documento donde constaba que no tenían cuentas pendientes.

Se escucho el testimonio del señor JHON WILLIAM RAMÍREZ CASTAÑO, quien dijo que conoce al demandante hace dos años aproximadamente porque fue cliente del establecimiento de comidas donde él trabajo en el bosque popular. Enrique le conto de la sociedad con el señor Hernando. Hernando no volvió a visitar el lugar desde que Enrique dejo de trabajar allí pero el negocio aun existe. Veía al señor Enrique en el establecimiento desde las 11:00 a.m. o 11:30 am y a veces hasta 11:00 pm que se hacia el cierre. Hablaban en ocasiones. Lo veía una o dos veces por día cuando pasaba por el lugar.

Valoración conjunta de las pruebas

En lo que hace referencia a la prestación personal del servicio se tiene que en efecto la pasiva aceptó que Enrique Manuel prestó sus servicios como empleado en el cargo de pizzero en su establecimiento de comercio y que fue corroborado con lo dicho por el testigo.

Respecto de los extremos de la relación, las partes coinciden en afirmar que inició el 14 de junio de 2016. En relación con la finalización las partes aceptan que lo fue el 21 de junio de 2018; sin embargo la parte demandante dice que en calidad de empleado y la parte demandada alega que tenía la calidad de socio.

A pesar de que el demandante intenta negar la sociedad comercial que tuvo con Hernando Chaparro Socha, lo cierto es que el establecimiento de comercio "CHORI PIZZA & BROASTER" se encuentra registrado como de su propiedad. No es de recibo lo dicho por el actor en el sentido de que fue una solicitud que le hizo en su momento el empleador, pues el testigo Jhon William Ramírez Castaño dijo que el actor le había contado de la sociedad con el señor Hernando Chaparro. Además, se debe tener en cuenta las responsabilidades que lleva inmersas la calidad de comerciante. De igual manera no es entendible que el propietario ceda la titularidad de su establecimiento de comercio sin retribución alguna. Estas circunstancias en consideración de esta Sala, llevan a concluir que si existió una sociedad comercial entre las partes en controversia.

Es cierto que la relación civil o comercial no excluye la existencia de un contrato de trabajo, tal como lo determinó la A quo. Sin embargo, al revisar las particulares condiciones en que se desarrolló el vínculo entre las partes a partir de la conformación de la sociedad y conforme lo dicho por Chaparro Socha, es claro que el demandante contaba con autonomía en el desarrollo de sus funciones, pues la administración, la apertura del establecimiento, el manejo de los proveedores y la contabilidad son funciones que se encontraban a su cargo y sin control ni subordinación de su socio. Circunstancias que desvirtúan la calidad de empleado del actor en el establecimiento de comercio de su propiedad.

Así las cosas, a fin de determinar los extremos de la relación laboral y de la relación comercial, se tendrá como extremo final de la relación laboral el 23 de agosto de

2017, que corresponde al día inmediatamente anterior en que se registró el establecimiento ante la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 7 y 8).

En consecuencia, se tiene que el actor tuvo la calidad de empleado en el cargo de pizzero desde el 14 de junio de 2016, hasta el 23 de agosto de 2017, periodo en el cual fungió como único empleador Hernando Chaparro Socha. Por lo que se **modificara** el ordinal primero de la sentencia.

En relación con las prestaciones, el demandado en su interrogatorio aceptó que no le pago las prestaciones sociales al actor porque habían acordado un periodo de prueba y después paso a ser socio. En consecuencia, probada la existencia del contrato de trabajo y la falta de pago de las prestaciones sociales legales y vacaciones, no cabe duda a esta Sala que es procedente su pago, por lo que se procede con su liquidación teniendo en cuenta los extremos antes determinados, para lo cual se tiene como salario el smmlv para cada anualidad, como quiera que este no fue objeto de controversia.

- 1.** El **auxilio de cesantía**, para el año 2016 arroja la suma de \$384.946¹ y para el año 2017 la suma de \$481.565², para un total por este concepto por la suma **\$866.511**.
- 2.** En cuanto a la pretensión por **intereses a las cesantías**, se debe recordar, que el numeral 2º de artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consagra que el patrono debe reconocer y pagar al trabajador intereses del 12% anual con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente, razón por la cual deberán pagarse por parte del demandado y a favor del demandante, por el año 2016 la suma de \$25.791³ y por el año 2017 la suma de \$37.723⁴, para un total **\$63.514**.
- 3.** En relación al pago de la **prima de servicios** para el año 2016 arroja la suma de \$384.946⁵ y para el año 2017 la suma de \$481.565⁶, para un total por este concepto por la suma **\$866.511**.
- 4.** Respecto de las **vacaciones**, como no aparece acreditado que la accionante los hubiera disfrutado, dispone el artículo 189 del C.S.T. que cuando el

¹ Cesantías 2016 = Salario mensual (689,455) x Días trabajados (201) / 360 = \$ 384.946

² Cesantías 2017 = Salario mensual (737,717) x Días trabajados (235) / 360 = \$ 481.565

³ Intereses sobre cesantías 2016 = Cesantías (384.946) x Días trabajados (201) X 12% / 360 = \$ 25.791

⁴ Intereses sobre cesantías 2017= (Cesantías (481,565) x Días trabajados (235) X 12% / 360)=\$ 37.723

⁵ Prima de servicios 2016 = Salario mensual (689,455) x Días trabajados (201) / 360 = \$ 384.946

⁶ Prima de servicios 2017 = Salario mensual (737,717) x Días trabajados (235) / 360 = \$ 481.565

contrato termine, sin que el trabajador hubiere disfrutado de sus vacaciones, la compensación en dinero procederá por año cumplido de servicios y proporcionalmente por fracción de año. En estas condiciones se condenará al demandado por el año 2016 en la suma de \$192.473⁷ y para el año 2017 en la suma de \$240.783⁸, para un total por este concepto por la suma **\$433.255.**

5. En lo que concierne a la indexación; la Sala la reconocerá dado que, como es por todos conocido, el fenómeno inflacionario deprecia el dinero y le resta capacidad adquisitiva. Este fenómeno depreciatorio se contrarresta con la actualización de los valores condenados comúnmente conocida como indexación. Por lo tanto se accederá a que todas las sumas por las cuales se profiere condena sean debidamente actualizadas para el momento de su pago, teniendo en cuenta el momento en que se causó cada acreencia laboral, tomando como base el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

En las anteriores sumas se modifica el ordinal segundo de la sentencia apelada.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.

Frente a la **indemnización moratoria y la sanción por no consignación de las cesantías** reclamada en la demanda, tal y como lo ha reiterado la Jurisprudencia, no es de aplicación inmediata, sino que para su imposición debe tenerse en cuenta la buena fe con la que actuó la demandada⁹. De todo el acervo probatorio se resalta la

⁷ Vacaciones 2016 = Salario mensual (689,455) x Días trabajados (201) / 720 = \$ 192.473

⁸ Vacaciones 2017 = Salario mensual (737,717) x Días trabajados (235) / 720 = \$ 240.783

⁹ Sentencia 26757 del 1º de marzo de 2006 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas

“En el cargo se acusa al tribunal de haber interpretado de manera errónea el artículo 65 del CST, al no haber condenado al pago de la indemnización moratoria. Cuando el Tribunal manifestó "Ha sido reiterada la jurisprudencia respecto a la aplicación de la indemnización moratoria, señalándose que la misma no es de aplicación inmediata sino que ella depende de la buena o mala fe con la que actuó el empleador durante o a la finalización de la relación laboral", realizó una interpretación adecuada del artículo en cuestión. Al respecto, es pertinente anotar que el juez ad quem, para confirmar la absolución por la pretensión de la indemnización moratoria no le hizo producir efectos al artículo 65 del CST, que consagra la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, por considerar que en el sub examine se daba la acreditación de buena fe del empleador en la falta en que incurrió por no proceder al pago oportuno de las acreencias laborales. En efecto se ha dicho que la sanción conocida como "salarios caídos", no opera de manera automática, sino que se debe analizar el comportamiento del empleador durante la vinculación y a su terminación, y si de ello se desprende que pudo creer de buena fe que no existía relación laboral, se le debe exonerar de la indemnización moratoria”.

informalidad con que se desarrolló la prestación del servicio y la falta de pago de las prestaciones y vacaciones; se tiene también la constitución informal de una sociedad comercial que tienen inmersos acuerdos entre las partes, situaciones que descartan un actuar revestido de mala fe. Además, téngase en cuenta que al finalizar la relación le realizó un pago al demandante con el cual considero estar a en paz y salvo por todo concepto y que fue recibido este (fl. 25). Nótese que nunca se determinó con claridad la finalización de la relación laboral y el inicio de la relación comercial. Tampoco hubo una reclamación contundente o por lo menos persistente por parte del demandante en lo que a este aspecto se refiere. Bajo este entendimiento, a criterio de La Sala, la obligación del patrono de pagar oportunamente los haberes laborales se diluye y pierde su condición vinculante, que es en últimas lo que permite sancionar al empleador incumplido o moroso. Puestas así las cosas no se impondrá condena al demandado por este concepto tal como fue determinado por la A quo.

Terminación Del Contrato

En punto de la terminación del contrato, le incumbe al asalariado probar que fue despedido para luego revertir la carga probatoria en el patrón, a quien en consecuencia le corresponderá demostrar las razones aducidas para tomar esa determinación.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

"...Ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de la Corte que al trabajador le basta simplemente acreditar en el proceso el hecho del despido, correspondiéndole al empleador demostrar que los motivos invocados efectivamente ocurrieron o los cometió el trabajador." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 21 de noviembre de 2003, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López).

El demandante manifiesta que Hernando Chaparro le dijo que terminaba el vínculo porque ya no lo necesitaba para seguir trabajando; sin embargo se demostró en el curso en el curso del proceso que al inicio la relación que unió a las partes, terminó de mutuo acuerdo para dar lugar a la sociedad comercial. Es obligación de la parte demandante la demostración del despido, hecho que no se logró acreditar, razón suficiente para negar esta pretensión. Por lo anterior, se **revoca** el literal f del ordinal segundo de la sentencia apelada.

Resultan suficientes los anteriores razonamientos, para **modificar** la sentencia impugnada.

COSTAS

Sin lugar a ella en esta instancia, las de primera estarán a cargo de los demandados.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ORDINAL PRIMERO de la sentencia proferida por Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de fecha 13 de septiembre de 2019, el cual quedara así:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor ENRIQUE MANUEL RAMOS ARTEAGA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.128.053.989 y el HERNANDO CHAPARRO SOCHA identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.397.760, existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 14 de junio de 2016 y el 23 de agosto de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- MODIFICAR el ORDINAL SEGUNDO y REVOCAR el LITERAL F del ORDINAL SEGUNDO, de la sentencia proferida por Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de fecha 13 de septiembre de 2019, el cual quedara así:

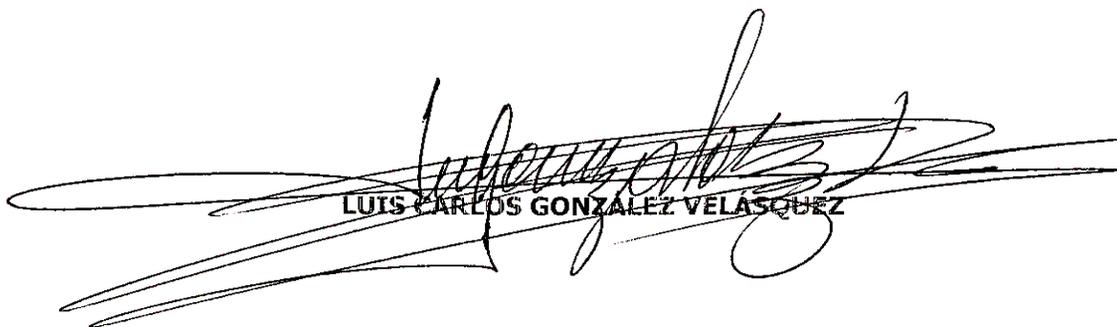
SEGUNDO: CONDENAR al demandado HERNANDO CHAPARRO SOCHA, a pagar al demandante señor ENRIQUE MANUEL RAMOS ARTEAGA, las siguientes sumas:

- a) \$866.511 Por concepto de auxilio de cesantías.
 - b) \$63.514 Por concepto de intereses a las cesantías.
 - c) \$866.511 Por concepto de indemnización por no pago de intereses a las cesantías.
 - d) \$866.511 Por prima de servicios.
 - e) \$433.255 Por compensación de vacaciones
- Sumas todas estas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de pago, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. – COSTAS. Las de primera se confirman. Sin lugar a ella en esta instancia.

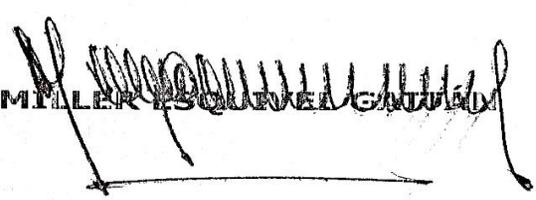
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LILIBE CABRA GAMBOA CONTRA
GEOVERDE SAS. Rad. 2018 – 00641 01. Juz. 37.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LILIBE CABRA GAMBOA demandó a GEOVERDE SAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 87 y 88.

- Contrato de trabajo entre el 1º de diciembre de 2014 y el 7 de julio de 2018.
- Indemnización por despido sin justa causa
- Vacaciones
- Primas de servicios
- Cesantías
- Intereses a las cesantías
- Sanción de la Ley 52 de 1975
- Sanción por no consignación de las cesantías
- Sanción moratoria del artículo 65 del C.S. del T.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls 84 a 87. Se vinculó con la demandada el día 1º de diciembre de 2014 mediante contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de promotora de compras hasta el 7 de julio de 2018. La demandada la afilió a ARL y realizó los aportes a seguridad social a partir del 1º de diciembre de 2016. Que entre el 1º de diciembre de 2014 al 30 de noviembre de 2015 devengó un salario de \$1.000.000 más comisiones y a partir del 1º de diciembre de 2015 y hasta la terminación del contrato devengó la suma de \$1.200.000 más comisiones. Informa que recibió escritos de llamados de atención el 25 de mayo de 2018 por “falta grave” y el 8 de junio de 2018 por llegar tarde. El

8 de julio de 2018 su empleadora le comunicó mediante WhatsApp que daba por terminado el contrato y que el 11 de julio de 2018 acudió a las instalaciones de la empresa con el fin entregar la proyección de sus prestaciones sociales la que no fue recibida por el empleador. El 8 de agosto de 2018 presentó derecho de petición para que le expidieran certificación laboral la que fue entregada el 9 de agosto de 2018. Durante la relación laboral no le reconocieron las prestaciones sociales a que tiene derecho.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, los demandados contestaron en los términos del escrito visible a fls. 108 a 125 y 312 a 330.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó parcialmente haber afiliado a la actora a ARL y seguridad social como un favor, aceptó la presentación del derecho de petición y la respuesta dada; negó los demás hechos.
- Formuló como excepciones previas las de prescripción y pago por depósito judicial y como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, inexistencia del vínculo contractual alegado, inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, no configuración de la figura de la exclusividad, liquidación anual de los contratos por cierre de fin de año y pago de las liquidaciones, autonomía e independencia de la gestión, falta de subordinación y dependencia, inexistencia de requerimiento de pago de sueldos ni liquidaciones, exclusión de nómina por modalidad de participación de utilidades.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes **LILIBE CABRA GAMBOA** y la empresa **GEOVERDE SAS** existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2017 al 7 de julio de 2018, en la suma equivalente a un smmlv, de conformidad con la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **GEOVERDE SAS** a reconocer y pagar a favor de la demandante, las siguientes sumas:

- a. La suma de \$846.513 por concepto de Cesantías.
- b. La suma de \$ 56.848 por concepto de Intereses a las cesantías.
- c. La suma de \$846.513 por concepto de Primas de servicios.
- d. La suma de \$423.256 por concepto de Vacaciones.

- e. *La suma de \$833.324 por concepto de Indemnización por despido sin justa causa.*
- f. *Pago indexado de las anteriores sumas desde el momento de su exigibilidad hasta el pago efectivo.*

TERCERO: ABSOLVER a la demandada **GEOVERDE SAS** de las demás pretensiones invocadas en su contra por la demandante de conformidad con la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **EN COSTAS** a favor del demandante, por secretaría tásense, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

El juez de primera instancia tuvo en cuenta el principio de la primacía de la realidad para reconocer la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y la empresa GEOVERDE SAS, por cuanto al estar demostrada la prestación del servicio con la aceptación de la parte demandada, le correspondía desvirtuarla, lo que no sucedió en el proceso, pues conforme a las prueba allegadas no se cumplieron los requisitos del contrato de participación de utilidades, máxime cuando ella realizó algunas labores administrativas y otras actividades adicionales ajenas a las contenidas en la contratación comercial, razón por la cual declaró probada la existencia del contrato de trabajo, pero como no encontró prueba de la fecha inicial indicada en la demanda la reconoció a partir del 1º de junio del año 2017 toda vez que de conformidad con los documentos aportados a partir de esa fecha se realizaron actividades que no correspondían al contrato comercial, lo que coincide con la fecha de afiliación a seguridad social por parte de la demandada. En cuanto al salario señaló que la demandante percibió valores variables, pero no se acreditó cuál era la remuneración percibida por lo que tuvo en cuenta como tal el salario mínimo legal pues la suma de \$1.200.000 estaba supeditada al cumplimiento de metas lo que no se acreditó, por lo que liquidó las acreencias laborales reclamadas sobre este valor incluida la indemnización por despido sin justa causa. Esta condena la impuso por cuanto la carga de la prueba de una justa causa le correspondía a la demandada la que manifestó como motivo para la terminación que la demandante estaba creando una empresa que sería competencia de la empleadora, lo que tampoco se demostró. Absolvió a la demandada de las indemnizaciones por considerar que la demandada no actuó de mala fe, toda vez que existe prueba de un pago realizado por la demandada respecto de las prestaciones sociales con la contestación de la demanda.

Recursos de apelación

Parte actora.- El apoderado de la parte actora manifiesta que la subordinación se dio desde el año 2015 por lo que se debió reconocer la existencia del contrato desde ese año, en cuanto al salario indica que se acreditó conforme a los recibos de caja que percibía un salario de \$600.000 quincenales, además con el mensaje del 15 de

junio de 2018 que le dice que no le puede seguir pagando \$1.200.000 sino que le cancelaría la suma de \$850.000. La parte demandada no aportó la documental pedida por pérdida de la carpeta, lo que considera fue deliberado para que no se pudiera acreditar el salario y que además demuestra la mala de fe la demandada. Igualmente se encuentra inconforme con la decisión de absolver a la demandada de la sanción moratoria y la sanción de no consignación de cesantías ya que considera que existe mala fe del empleador y como prueba pone de presente la comunicación del 15 de junio de 2018, que sujetaba el pago de las prestaciones a la disminución del salario y cita la sentencia 71154 del 3 de enero de 2019. Respecto al pago por consignación citó la sentencia 39000 del 26 de marzo de 2014, para señalar que en el proceso no se libró de la sanción por cuanto no comunicó a la actora la existencia del título y el juzgado donde podía reclamarlo.

La demandada por su parte se encuentra inconforme con la declaratoria del despido sin justa causa, para lo que señala que la empresa de la trabajadora se creó antes de la terminación del contrato y conforme al certificado de la cámara de comercio el representante legal es su esposo, hecho que constituyo el fundamento del despido. La demandante presentó la liquidación el día siguiente a la terminación, pero había abandonado el cargo hacía dos meses. Se aportaron las facturas en las que se acredita que el contrato era de participación y que se le cancelaron las prestaciones durante el tiempo que duró el contrato laboral que se acordó posteriormente cuyas nóminas fueron firmadas por la demandante, por lo que considera actuó de buena fe y no procedía la indemnización por despido.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa procesal.

Parte demandada: solicita se revoque el literal E del numeral SEGUNDO, que ordenó hacer pago a título de indemnización por despido sin justa causa en favor de la demandante por un total de \$ 833.324. Señala que Dichos pagos han cumplido la orden impuesta por el despacho con excepción de aquello que es motivo de discusión respecto de la sentencia ahora impugnada. Como se ha indicado a lo largo del proceso la relación laboral en los extremos temporales cuya declaratoria se pretende no fue probada conforme lo alegado en la demanda.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de las apelaciones en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*"; los que se concretan a establecer por la parte actora los extremos de la relación laboral, la asignación salarial devengada y las indemnizaciones contenidas en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y artículo 65 del C.S. del T. y por la parte demandada el objeto de controversia se limita a la indemnización por despido sin justa causa.

Extremos de la relación laboral.-

La parte demandada alega que lo pactado con Cabra Gamboa se circunscribió a un contrato de participación de utilidad en la compra de papel desperdicio reciclable, en el cual ella compraba el reciclaje de papel y sobre la totalidad del kilaje recolectado se le cancelaba el porcentaje de utilidad pactado mensualmente, labores que desarrollaba sin subordinación, salario ni horario. La demandante manifiesta que la relación laboral inició el 1º de diciembre de 2014 por lo que la Sala pasa a revisar las pruebas allegadas al proceso respecto al extremo inicial, ya que el juez A quo consideró que la misma inició el 1 de junio de 2017 y la parte demandada no aceptó el extremo inicial en la contestación de la demanda.

Ahora, las documentales aportadas a folios 33 a 62 tienen fechas posteriores al 18 de febrero de 2017 y no hacen relación a ordenes o manifestaciones que hagan presumir la subordinación de la actora, ya que menciona dineros pagados y el uso que desea darle a los mismos e incluso de una persona que ha solicitado pagos de nómina, y se comentan situaciones de la empresa y de los dineros que se recogen, así como de citas con otras empresas, lo que no permite presumir la subordinación deprecada ya que no se observa que los señores que llama Jairo o Don Pedro le dieran alguna orden y en algunos WhatsApp no es posible determinar las personas con las que se comunica.

Respecto de las afiliaciones, se observa que la demandada afilió a la demandante a Porvenir en diciembre de 2016 (fl. 70); sin embargo, la afiliación a Cruz Blanca si bien se hizo en diciembre de 2016, se dio a través de la empresa de nombre AGEOVERDE SAS (fl. 72) y hasta el 30 de junio de 2018, lo que permite concluir que la demandante prestaba sus servicios también para otra empresa lo que se corrobora con el dicho de la demandante quien manifestó en el interrogatorio de parte que

inició a prestar sus servicios directamente para la demandada en el 2016 pues antes lo hacía para otra empresa. Por último, fue afiliada a Positiva Compañía de Seguros ARL por la demandada desde el 22 de junio de 2017 (fl. 74)

Ahora, de los llamados de atención que le hizo el demandado y que obran a folios 53 a 58 se puede concluir que se ejerció subordinación hacia la demandante, pues en estos llamados de atención se le exigía a la demandante el cumplimiento de unas ordenes que se le impartieron sobre la compra de material y el cumplimiento de un horario de trabajo e incluso se indica en ellas que el Código Sustantivo del Trabajo señala como justas causas para la terminación del contrato de trabajo la consagrada en el numeral 6º del Artículo 62 del del C.S.T y artículos 58 y 60 ibidem. Además, tal y como lo observó el A-quo desde junio de 2017 efectuaba labores administrativas y que, en diciembre de ese año su empleador la requirió sobre unas labores administrativas relacionadas con liquidaciones de nóminas, lo que fue aceptado por el representante legal en el interrogatorio de parte y también fueron manifestadas por el testigo Efraín Pardo Huertas.

De lo anterior, se puede concluir que, en efecto, la relación laboral inició el 1º de junio de 2017 pues para ese momento se acreditó la existencia del requisito de subordinación y dependencia respecto del empleador, así como la realización de labores administrativas, ya que de las demás pruebas aportadas no se acredita la existencia de la relación laboral en épocas anteriores, pues conforme a los documentos aportados, tenía una vinculación como proveedora, esto es una relación de carácter comercial. En consecuencia, se cumplen los requisitos del artículo 23 del C.S.T. y se desvirtúa la existencia de un contrato comercial, a partir del 1º de junio de 2017 por lo que se confirma la sentencia de primera instancia en cuanto al extremo inicial de la relación laboral.

Salario devengado.-

En relación con la prueba que cita la parte actora como argumento para determinar el salario relacionada con la comunicación aportada por la parte demandada (fl. 300) donde le manifiesta el 15 de junio de 2018 que no puede pagarle \$1.200.000 y que *"si pasan de las 150 toneladas como acordaron, vuelven a cuadrar nómina, pero por ahora no puede mantener ese sueldo porque la empresa no le da para cubrir costos..."*.

Es cierto que la parte demandada le indica que no puede pagar la suma de \$1.200.000 como venía efectuándolo, pero también lo es, que hace referencia a una meta de "150 toneladas como habían acordado", lo que permite presumir que esta

suma dependía del cumplimiento de metas por toneladas, y en consecuencia había un salario básico más unas comisiones, por lo que al no probar la parte actora cual era el salario real devengado ni las comisiones percibidas no puede determinarse dicha suma como salario.

Por otra parte, la demandada con la contestación de la demanda aportó documental que acreditaba los pagos que le efectuaba como proveedora, por lo que no puede ser considerado como mala fe de la parte demandada que se hubiera extraviado una carpeta soportada en la respectiva denuncia, pues si aportó documental, solo que con ella no se acredita el pago de un salario mensual, razón por la que se mantendrá en este aspecto la decisión tomada en la sentencia de primera instancia.

Por otra parte, se observa que en la misma comunicación y a reglón seguido le propone pagarle la suma de \$850.000.00 que se entiende que se debe a que le ofrece una nueva contratación, esta vez como empleada con un salario básico más las prestaciones de ley, lo que no puede considerarse como prueba del salario y en consecuencia se confirma la decisión de primera instancia respecto a fijar como salario el mínimo legal vigente.

Sanciones del artículo 65 del C.S. del T. y artículo 99 de la Ley 50 de 1990.-

Considera el recurrente que existe mala fe del empleador conforme a la comunicación del 15 de junio de 2018 en la que sujetaba el pago de las prestaciones a la disminución del salario y cita la sentencia 71154 del 3 de enero de 2019 y señala que la demandante cumplía funciones necesarias para el cumplimiento del objeto social de la empresa, lo cual no tiene relevancia alguna pues está probado que existía entre las partes un contrato de trabajo desde el 25 de mayo de 2018.

En cuanto a la mala fe del empleador, la Sala Laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 71154 del 23 de enero de 2019 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo señaló: «Como lo ha adoctrinado esta Corporación, la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el sector privado, y en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949, para el oficial, es de naturaleza sancionatoria, de modo que para su imposición el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento le abre paso.»

Así las cosas, como la jurisprudencia ha reiterado que la sanción moratoria no es automática ni inexorable, de suerte que el empleador debe presentar motivos justificables que conduzcan a verificar que ciertamente no creía deber, a fin de lograr

la absolución por la sanción; también ha explicado la Corte, que al demandado no le basta aducir en su defensa la ausencia de relación laboral, ni la existencia de un contrato de carácter diferente, para ser relevado de la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, la buena fe que la jurisprudencia ha considerado como eximente de responsabilidad de la indemnización moratoria, es la creencia razonable y debidamente fundada de no deber suma alguna al trabajador; buena fe que se describe como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude y en éste caso es creíble que el representante legal de la demandada consideraba que tenía con la demandante un contrato de carácter comercial como proveedora, pues en un principio así lo fue, y si bien dicha contratación se desdibujó posteriormente debido a que se le asignaron labores administrativas, también lo es que el empleador le propuso una nueva contratación esta vez de carácter laboral lo que se dio a partir de marzo de 2018 y se le consignó el pago de las acreencias que creyó deber hasta ese momento.

En cuanto a la consignación mediante depósito judicial para lo cual cita la sentencia 39000 del 26 de marzo de 2014 para mencionar que la demandada no se liberó de la sanción por cuanto no comunicó a la actora la existencia del título y el juzgado donde podía reclamarlo, es de resaltar que el eximente de la indemnización moratoria fue la buena fe en su actuar y no el pago de las acreencias adeudadas.

Indemnización por despido.

En cuanto al despido es de resaltar que la terminación de la relación se dio por decisión unilateral del empleador sin manifestar una justa causa, como se puede concluir de la comunicación aceptada por la demandada y que obra a folio 156 de fecha 8 de julio de 2018 según la cual se le desvinculó porque la demandante y su esposo abrieron un negocio con el mismo servicio.

Al respecto, si bien los testigos ya mencionados manifestaron que es cierto que ella estuvo averiguando como crear una empresa de este tipo y que llenó formularios en la empresa durante la vigencia de la relación laboral. Lo cierto es que conforme al documento que se observa a folio 157 no se determina cual es el objeto social de la empresa creada por la trabajadora y su esposo; razón por la cual no se puede determinar que en efecto actuara de manera desleal con su empleador pues no se acredita que la empresa creada tuviera el mismo objeto social que la empleadora y es por lo que se debe mantener la decisión de primera instancia.

De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada.

Costas. - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

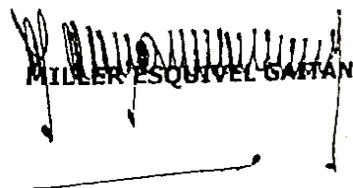
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA MILENA RUBIANO RODRÍGUEZ CONTRA LA ORGANIZACIÓN PARA LA EXCELENCIA DE LA SALUD OES. Rad. 2018 00270 01. Juz 20.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

SANDRA MILENA RUBIANO RODRÍGUEZ demandó a la ORGANIZACIÓN PARA LA EXCELENCIA DE LA SALUD OES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 7.

- Existencia del contrato de trabajo
- Indemnización por despido sin justa causa
- Indexación
- Costas.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 7. Manifestó que se vinculó con la ASOCIACIÓN CENTRO DE GESTIÓN HOSPITALARIA mediante contrato a término indefinido de fecha 1º de febrero de 1995 para desempeñar el cargo de Secretaria Profesional II; que fue promovida al cargo de asistente administrativa a partir del 12 de julio de 2001 y nuevamente a partir del 31 de enero de 2008 al cargo de COORDINADORA ADMINISTRATIVA con un salario final de \$2.766.000 y que la vinculación tuvo una duración de 22 años 11 meses y 9 días. Señala que la demandada cambio su nombre a ORGANIZACIÓN PARA LA EXCELENCIA DE LA

SALUD – OES mediante acta No. 22 de la Asamblea de Asociados el 30 de marzo de 2012.

Afirma que tomó sus vacaciones desde el 11 de diciembre de 2017 hasta el 2 de enero de 2018 y que el 3 de enero de 2018 fue notificada por parte de Diana Marcela Bolívar que no ingresara a laborar sino hasta el 9 de enero de 2018 y ese mismo día se realizó un documento elaborado por la Jefe inmediata Diana Marcela Bolívar sobre un presunto ataque informático ocurrido el 18 de diciembre de 2017 donde se indica que la administración de la red informática del Centro de Gestión Hospitalaria es responsabilidad del área administrativa y financiera y específicamente del asistente administrativo.

Señala que el día que debía reintegrarse a laborar, le notificaron la existencia de un proceso disciplinario en su contra cuya diligencia de descargos se rindió el mismo día, por “no haber realizado la verificación y seguimiento de la Organización, puesto que, desde el mes de julio de 2017 no se había realizado copia de seguridad en los dos discos duros externos”, lo que no era su obligación. Que una vez finalizada la diligencia y aportados los documentos de prueba, se le notificó esa misma tarde la terminación de su contrato de trabajo. Que presentó por escrito su inconformidad con la decisión tomada solicitando la revisión del caso.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 230 a 279.

- Acepto la existencia de la relación laboral y negó los demás
- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Como excepciones de fondo propuso las de existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de falta grave por los contratantes, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe del empleador, mala fe de la demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual decidió declarar que la finalización del contrato de trabajo existente entre SANDRA MILENA RUBIANO y la ORGANIZACIÓN PARA LA EXCELENCIA EN LA SALUD se produjo sin justa causa el día 9 de enero de 2018 y condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa en la suma de \$43.226.443,33 y condenó en costas a la demandada. Llegó a esa determinación tomando en consideración que había sido aceptada la existencia del contrato de trabajo y en cuanto a la terminación consideró que no estaba acreditado que la demandante conociera el manual de funciones, aunque ella si recibía los correos electrónicos respecto de la realización de los backup que realizaba el tercero que había sido contratado para el efecto. Manifestó que no existió un perjuicio para la empresa, puesto que se recuperó el 95% de la información perdida con el ataque informático. Además, señaló que en julio de 2017 se presentó una falla en el disco duro que fue informada por la actora a su jefe inmediata quien le respondió que no había presupuestado, razón por la que no encontró probada las causas alegadas por la demandada para el despido de la actora.

Recurso de Apelación

Adujo la parte demandada que debe revocarse la decisión, por cuanto la razón del despido no es porque ella fuera culpable del ataque informático sino por la falta de deber de cuidado que estaba a su cargo como responsable de la realización de los backups, lo que conforme a la declaración del señor Ángel Laverde era su función, pues era ella quien hacía el seguimiento, labor que incumplió durante varios meses. Que no se analizó la diligencia de descargos donde ella aceptó su responsabilidad en el manejo de la información. También señala que el haber recuperado en un 95% la información no desvirtúa la responsabilidad de la actora en la existencia de la falta, máxime cuando era ella quien se encargaba de las compras que se debían realizar como del disco duro dañado por lo que no puede eximirse de la responsabilidad con el argumento de haberlo comunicado a su jefe inmediato.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se confirme el fallo de primera instancia ya que la demandante fue despedida sin justa causa y dentro del proceso fue probado que la

razón alegada para el despido por la parte demandada no era cierta, por consiguiente, no hubo daño intencional a los bienes de la empresa como lo afirma el empleador y la demandante actuó diligentemente en su labor.

Parte demandada: Requiere se revoque el fallo proferido y se le absuelva de las pretensiones incoadas debido a que se configuró una justa causa para despedir a la trabajadora al incumplir con las obligaciones propias de su cargo y ser responsable de no entregar el disco duro externo del ataque y secuestro de información de la OES. Además de que alega que el a quo comete un error al calificar la gravedad del actuar del demandante justificando este respecto del daño en la pérdida de la información.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si se encuentran acreditados los hechos que sirvieron de fundamento a las justas causas para el despido de la demandante y como consecuencia de ello se revoque la sentencia de primera instancia.

Lo primero que argumenta la parte demandada en su recurso de apelación es que el juzgado mal interpretó las causales invocadas como justas causas, pues consideró que le endilgaba el ataque informático cuando lo que realmente se tenía como justa causa era la falta en el deber de cuidado de la información, lo cual le correspondía de acuerdo con el manual de funciones, el que no puede desconocer después de casi 10 años de desempeñar el mismo cargo.

Conforme a lo anterior, se pasa a revisar la carta de terminación del contrato que se observa a folio 89 del cuaderno 1, y en ella se indican como justas causas las contenidas en los numerales 2º, 4º y 6º del Literal a) del artículo 7 del Decreto Ley

2531 de 1965 que subrogó el artículo 62 del C.S. del T, en concordancia con los numerales 1º y 5º del artículo 58 del mismo Código.

El citado artículo dispone en los numerales citados lo siguiente: “*Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

A). Por parte del empleador:

1. (...)

2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

3. (...)

4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

5. (...)

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.”

Por su parte el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo en sus numerales 1º y 5º citados en la carta de terminación del contrato, indica: “*Son obligaciones especiales del trabajador:*

1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

2a. (...)

5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.

6a. (...)

Por lo anterior, son estas y no otras, las causales que se analizarán a fin de establecer si se dio una justa causa para despedir a la trabajadora, toda vez que no pueden modificarse de manera alguna, después de efectuado el despido, los motivos que dieron lugar a la terminación del contrato.

La demandada señaló como hechos en que fundamentó las casuales invocadas en la comunicación del 9 de enero de 2018, los siguientes que a continuación se resumen:

- 1.- Que por informe de Diana Marcela Bolívar Directora Administrativa Financiera y de Wilson Piragua Quiroga de la Empresa Redes Servicios y Soportes Ltda, la demandante no había verificado la elaboración íntegra de la copia de seguridad diaria en los dos discos duros externos desde el mes de agosto de 2017 y que uno de los discos duros estaba dañado y no se había efectuado la correspondiente copia de seguridad.
- 2.- Que en el mes de noviembre de 2017 no había verificado que el proveedor RSS desconectara remotamente el disco duro externo donde se realiza la copia de seguridad mensual de información quedando conectado hasta el 18 de diciembre de 2017.
- 3.- Que durante el año 2017 no había entregado el disco duro externo que contiene la copia de seguridad de la información de la Organización a la Directora Administrativa y Financiera, con el fin de que esta lo guardara en un lugar seguro.
- 4.- Que permitió que un tercero ajeno a la organización y a la empresa RSS tuviera copia de la información operativa, administrativa, financiera y contable de la empresa, puesto que el señor Wilson Piragua Quiroga tenía un disco duro externo de su propiedad.
- 5.- Que no suscribió el contrato de prestación de servicios con la empresa RSS en el año 2017, siendo necesario.
- 6.- Que incumplió gravemente con el procedimiento y políticas para el manejo de la red de información y seguridad de esta.
- 7.- Que en la diligencia de descargos aceptó que era su obligación verificar que las copias de seguridad se efectuaran de conformidad con las políticas de manejo de la red.
- 8.- Que en la diligencia de descargos aceptó que en agosto de 2017 falló uno de los discos y se comunicó verbalmente a la Directora Administrativa y Financiera, que no se reemplazó, pero el backup se siguió haciendo diariamente en el disco que quedaba, lo que pone de presente la evasión de su responsabilidad.
- 9.- Que ella de manera irresponsable omitió su obligación desde el mes de agosto de 2017 ya que la copia de seguridad no se estaba haciendo de forma íntegra, ya que solo se guardaba en uno de los discos.
- 10.- Que en la diligencia de descargos intentó evadir su responsabilidad frente al hecho de que la empresa RSS no desconectó remotamente el disco duro externo del

servidor el cual permaneció conectado hasta el 18 de diciembre de 2017 generando la pérdida de la información de los meses de mayo a noviembre de 2017 en el ataque informático del 18 de diciembre de 2017.

11.- Que intentó evadir su responsabilidad en cuanto a la entrega física que debía hacer a la Directora Administrativa y Financiera del disco duro externo durante los meses de enero a noviembre de 2017 alegando que nunca se había realizado.

12.- Que respecto a la razón por la cual Wilson Piragua Quiroga de la empresa RSS tenía un disco duro de su propiedad ella señaló que era porque él hacía el backup y realizaba la copia de seguridad, porque él tenía la obligación de borrar dicha información una vez organizada, lo que para la empresa pone de presente el incumplimiento de sus obligaciones, al no haber verificado que se borrara dicha información.

13.- Que sobre la firma del contrato con RSS en el año 2017 ella informó que no estaba segura de eso, que tenía que revisar, lo que para la empresa evidencia el descuido en la ejecución de sus funciones.

14.- Que no previó las consecuencias de sus actos, los riesgos y traumatismos a los que expuso a la Organización por su omisión a los procedimientos establecidos.

15.- Que su falta total de atención a las normas y procedimientos no solo dejan ver su descuido y desinterés, sino que son motivo de preocupación para la Organización en cuanto a la correcta ejecución del procedimiento para elaborar las copias de seguridad de la información de la Organización.

Lo primero que se concluye de los hechos relatados es que debe descartarse la causal contenida en el numeral 2 del artículo citado de "Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo", pues conforme a los hechos indicados, no puede llegarse a la conclusión de que la actora hubiera incurrido en actos de violencia, injuria, malos tratamiento o grave indisciplina respecto del empleador, su familia, personal directivo o compañeros.

Por lo tanto, se analizará si se acreditaron las causales contenidas en los numerales 4º y 6º del mencionado artículo, esto es si existió el daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y la grave negligencia que pusiera en peligro la seguridad de las personas o de las cosas. Así como la existencia de la

violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumbían a la trabajadora; si la falta estaba calificada como grave en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos y si en la realización de la labor se incumplió con los términos estipulados; si observaron o no los preceptos del reglamento y las órdenes e instrucciones que le impartió su empleador y por último, si se omitió la comunicación oportuna al empleador de las observaciones conducentes a evitarle daños y perjuicios.

En el acta de descargos (fl.395 a 406) que consta de 58 preguntas realizadas a la demandante el día 9 de enero de 2018, señala la demandante como funciones propias de su cargo de Coordinadora administrativa, las siguientes:

- Manejo de algunas funciones de secretaria recepcionista y auxiliar de aseo y cafetería
- Coordinación de las diligencias de mensajería
- Garantizar el buen funcionamiento de los equipos de la sede
- Elaborar y registrar contratos de prestación de servicios
- Legalizar contratación con clientes,

En cuanto a las funciones relacionadas con la red informática de la organización, ella indica que ésta es coordinada con el Comité Tecnológico y que la función de garantizar el funcionamiento del software y la seguridad de la información es coordinada con el Comité Tecnológico y el tercero contratado. Aceptó que es su obligación verificar las copias de seguridad, mediante un correo electrónico de la realización del backup que llega diariamente y que le muestra si hay alguna falla al realizarlo; que el disco duro se intercambia semanalmente y se sobre escriben solo los archivos que se modifican. Manifestó que en agosto de 2017 uno de los discos falló, lo que le comunicó verbalmente a la Directora Administrativa y Financiera y se continuó haciendo el backup en un solo disco, el cual permanece conectado porque si no lo están no hay forma de realizar los backup remotamente, pero que el backup si se hizo a diario y mensual lo que se puede corroborar con los correos que llegan. No sabe porque no se remplazó el disco dañado pues es una decisión que no toma ella. Que el backup mensual lo hace el tercero remotamente y posteriormente lo desconecta también remotamente, pero que desde que el Dr. Julio Portocarreño renunció no se saca de la oficina, que esa no es su función y que nunca se le ha entregado a la Directora Administrativa ni ella lo ha solicitado en los 5 años que lleva en el cargo. Que ella no toma ningún tipo de decisiones frente a los procedimientos.

Señaló que el backup mensual se hace la última semana de cada mes, normalmente Wilson lo hace un viernes, de manera remota por el proveedor RSS a un disco duro, que tarda aproximadamente 2 días y lo desconecta el domingo, que está permanentemente conectado porque se conecta y desconecta remotamente, lo que es responsabilidad del tercero proveedor y que en un Comité Tecnológico se habló sobre el punto, pero quedaron en que después se tomaría la decisión. Manifestó que no sabe lo que ocurrió el 18 de diciembre de 2017 pues ella se encontraba en vacaciones, pero que tiene entendido que no se perdió nada y no conoce del proceso de reconstrucción de la información. Afirma que la obligación de garantizar la seguridad de la información no solo le corresponde a ella sino también al Comité Tecnológico y que las decisiones de compras las toma la Dirección Ejecutiva. Respecto a Wilson Piragua Quiroga dijo que lógicamente él tenía la información porque es quien hace el backup y en su contrato esta la función de realizar la copia de seguridad y que subió la información a la nube bajo su costo, de lo cual se enteró cuando estaba en vacaciones a lo que ella no le dio autorización, sino que la tiene por el contrato. Que ella elabora los contratos, pero no lo legaliza, sino que los pasa a revisión, pues esa es decisión de la Dirección Administrativa o de la Dirección Ejecutiva y ella solo recibe las indicaciones de renovarlo o no, pues no tiene potestad para contratar, finalizar o prorrogar los contratos. Adiciona que el manual de funciones está mal porque allí aparecen funciones que ella no ha tenido, como la de pago a proveedores.

Como testimonios se recibieron los siguientes:

Ángelo Laverde. - Indicó que fue empleado de la empresa hasta el año 2014, que cuando laboró allí, la demandante hacía parte del sistema de seguridad de la información. El Jefe era Wilmar Cortés quien era el único que tenía el acceso a la información; Sandra era Asistente y respecto al uso de los equipos eran ella y Wilmar quienes tenía acceso a ellos; que Sandra tenía la obligación de verificar el control pero el responsable de la información era el ingeniero de la empresa RSS quien hacía parte del Comité y que las decisiones que se tomaban en el Comité era consensuadas con el ingeniero Wilmar.

Diana Marcela Bolívar. – Manifestó ser la Directora Administrativa y Financiera de la OES desde el año 2012, y que el contrato de la demandante se terminó por los perjuicios que le ocasionó a la empresa el ataque informático porque los discos duros

estaban conectados cuando ocurrió. Que no existe constancia escrita de la entrega del manual, y que se hizo un cambio en el cargo porque fue homologado con otro; que nadie reemplazó a la demandante cuando salió a vacaciones porque son colectivas, pero que ella salió una semana antes a vacaciones y en esa semana el backup diario lo realizó el proveedor RSS y no sabe porque estaban conectados los discos. También indicó que el Comité Técnico se reúne cada 6 meses y que no le informaron que el disco duro se había dañado.

Wilson Piragua Quiroga. – Mencionó que tuvo un contrato con la demandada como técnico de soporte durante aproximadamente 17 años, que Sandra Milena era el contacto dentro de la empresa para el soporte técnico. Dice que ellos hacían el backup a diario y mensual y que a través del correo se informaba cualquier eventualidad; que se alternaban los 2 discos duros, pero cuando se dañó uno de ellos se siguió haciendo el backup solo en uno, que el daño del disco se le informó a Diana Marcela Bolívar por parte de Diana Marcela delante suyo, pero que no se hizo nada para reemplazarlo. Que el viernes antes del ataque le dijeron que debía hacer un backup porque salían de vacaciones por lo que lo inició y el lunes cuando fue a desconectarlo ya la información estaba encriptada, pero que para ese momento Diana Marcela estaba en vacaciones. Que el contrato no se había renovado en los últimos 2 años, pero que la empresa le venía pagando normalmente y que los discos permanecían en la Central de Sistemas donde estaban los servidores. Por último, indicó que él mismo recuperó la información en un 95 o 97%.

Así las cosas, no puede concluirse que la demandante hubiera incurrido en algunos de los hechos que se relacionan en la carta de despido, como tampoco que incumpliera sus obligaciones en cuanto a la realización los backup diario y mensual, pues el encargado de su realización que era el señor Wilson Piragua manifestó que siempre se hizo y que los discos duros permanecían en la Central de Sistemas. Además, señaló que el viernes antes del ataque informático le dijeron que tenía que realizar un backup porque salían a vacaciones colectivas, pero que para ese momento ya estaba en vacaciones Diana Milena Rubiano. Igualmente, menciona que el daño del disco duro si fue informado a la jefe inmediata.

Así las cosas, como a la demandante le correspondía acreditar el hecho del despido y a la demandada las justas causas para ello, es claro que no lo logró conforme a las pruebas allegadas, pues los hechos que fueron el fundamento para el despido

fueron desvirtuados principalmente con las declaraciones de Wilson Piragua Quiroga y Ángelo Laverde, y no se acreditó de modo alguno el daño material causado intencionalmente a los objetos relacionados con el trabajo ya que la información se recuperó en un 95 o 97% por parte del mismo Wilson Piragua Quiroga, tampoco se demostró la negligencia grave que pusiera en peligro la seguridad de la información de la empresa, ya que siempre se hicieron los backup y la Jefe inmediata conocía del daño en el disco duro y no se hizo nada para remplazarlo, lo que no era obligación de la demandante o por lo menos se acreditó, que dentro de sus obligaciones estuviera el remplazo de equipos sin autorización del superior; además, el backup se ordenó cuando ella estaba en vacaciones es decir sin que ella pudiera supervisarlos y lo que se hacía en estos casos era dejar conectado el disco duro el fin de semana y por eso se encontraba conectado al momento del ataque informático.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, se ha de **confirmar** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de septiembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

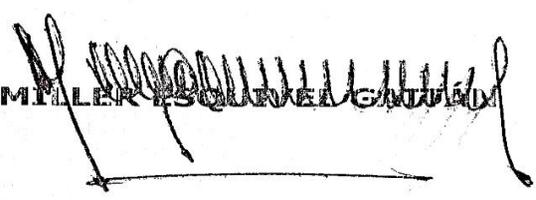
Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GANTÁN

ACLARÓ VOTO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO DIAZ NIÑO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 2019 00061 01. Juz. 35.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ÁLVARO DIAZ NIÑO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y se ordenó la vinculación del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL UGPP, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3 y 4.

- Reliquidación de la prestación con una tasa de reemplazo del 80%.
- Retroactivo de las diferencias.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos se describen a fl. 3. Le fue reconocida pensión de vejez a través de la resolución SUB 104506 del 21 de junio de 2017, en la cual se tuvo en cuenta un total de 1.742 semanas y un IBL de \$7.452.827 y una tasa de reemplazo del 72,45%. Considera que por la densidad de semanas la tasa de reemplazo a la que tiene derecho es del 80% y que se vería reflejado en el monto de su mesada. Agotó la reclamación administrativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad, y corrido el traslado, las demandadas y vinculadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible en fls. 89 a 103 así:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el contenido de los hechos, 1 2 3 4 6 9 10
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar y prescripción.

EI DEPARTAMENTO DE BOYACÁ contestó en los términos del escrito visible en fls. 197 a 201 así:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos dijo no constarle su contenido.
- Formulo como excepción previa; falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de competencia para reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y genérica.

La UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL UGPP contestó en los términos del escrito visible en fls. 137 a 151 así:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el reconocimiento pensional efectuado por Colpensiones, la densidad de semanas, el IBL y la tasa de reemplazo.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no

debido, prescripción, buena fe, improcedencia de los intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones al encontrar probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado. Para llegar a esa determinación el juez realizó el cálculo de la tasa de reemplazo tal como lo prevé el artículo 10 de la ley 797 del año 2003, y encontró que le corresponde al demandante el 72,45% tal como fue reconocido por Colpensiones.

Apelaciones

La parte demandante apela la decisión al considerar que conforme la densidad de semanas cotizadas por el actor, la tasa de reemplazo corresponde al 80%. Solicita se reconsidere la condena impuesta por costas procesales, pues la suma de \$2.000.000 la encuentra excesiva.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se realice la revisión de la liquidación que realizó el juzgado 35 Laboral Del Circuito, como se evidencia en la Historia Laboral del actor e incluso en la misma resolución que emite Colpensiones el señor ÁLVARO DIAZ NIÑO cuenta con un total de 1.742 semanas, en donde se realizó la liquidación de su pensión con un Ingreso Base de Liquidación de \$ 7.452.827, aplicándole una tasa de reemplazo del 72.45%, razón por la cual el demandante tiene derecho a que se le reliquide su mesada pensional conforme a lo establecido en el artículo 10 de la ley 797 de 2003, es decir con una tasa de reemplazo del 80%, debido a la densidad de semanas cotizadas.

Parte demandada:

COLPENSIONES: manifiesta que la ley 100 de 1993 señala que a partir del 2005, por cada cincuenta 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80% y el 70.5% de dicho ingreso. En este caso, el afiliado cotizó 442 semanas adicionales, y de acuerdo con la norma un aumento de 1.5% adicionales por cada 50 semanas adicionales, lo que equivaldría a un 12%. La suma de \$5.399.573 es el valor de la mesada para el año 2017, concluyendo que la tasa de reemplazo empleada se encuentra acorde con la norma. Afirma que no le asiste razón alguna al demandante, quien pretende reliquide la pensión de vejez teniendo en cuenta 1.742 semanas cotizadas, aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 80%.

U.G.P.P.: Requiere se confirme el fallo, toda vez que la UGPP fue creada únicamente con la finalidad de reconocer y administrar los derechos pensionales de quienes se encontraban afiliados a los fondos administradores de pensiones de naturaleza pública, los cuales se encontraban liquidados o en proceso de liquidación. Manifiesta que en el presente caso, la UGPP no está llamada a ser parte del proceso en curso, como quiera que se encuentra bajo la falta de legitimación en la causa por pasiva y en esos términos el fallo de primera instancia se encuentra ajustado a derecho.

DEPARTAMENTO DE BOYACÁ: no se pronunció en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma, conforme se desprende de la petición de fecha 18 de septiembre de 2018 (fls. 23 a 29) donde solicitó a Colpensiones la reliquidación de su pensión, con lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado de la Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante por cuanto Colpensiones mediante la resolución SUB 104506 de 21 de junio de 2017 le reconoció pensión de vejez a partir del 1 de julio de 2017 en cuantía inicial de \$5.399.573, al tener como IBL la suma de \$7.452.827 el cual no se encuentra en discusión y la tasa de reemplazo del 72,45%.

Tasa de reemplazo a aplicar

Como quiera que la controversia versa únicamente frente a la tasa de reemplazo a aplicar, encuentra la Sala que se debe calcular conforme el artículo 34 de la Ley 100 de 1993¹ que consagra que a partir del 1º de enero de 2004 se aplicara la siguiente formula:

$r = 65,50 - 0,50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo anterior, se aplica al caso en concreto, así;

smmlv 2017 = \$737.717

IBL= \$7.452.827

S = \$7.452.827 / \$737.717

¹ **Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez.** El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1º de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1º de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

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

$S = 10.10 \text{ smmlv}$
 $r = 65,50 - 0,50 (10.10)$
 $r = 60.45\%$

Ahora, el mínimo de semanas requeridas para el año 2017 correspondía a 1300, el actor cotizó un total de 1.742 semanas por lo que cuenta con 442 semanas adicionales. En consecuencia, al incrementar en 1.5% por cada 50 semanas adicionales tiene derecho a un porcentaje adicional del 12%.

Así las cosas, la tasa de reemplazo para el caso del actor es del 72.45% al sumar "r" (60.45%) y el porcentaje adicional (12%), tal como fue determinado por la administradora y por el A quo.

En cuanto a la petición de la parte demandante de revisar la condena en costas, se le pone de presente que no es esta la oportunidad procesal para controvertirlas, por lo que deberá estarse a lo previsto en el numeral 5 del art. 366 del CGP.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de junio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: las de primera instancia se confirman, la de alzada estarán a cargo del recurrente. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (500.000) como agencias en derecho.

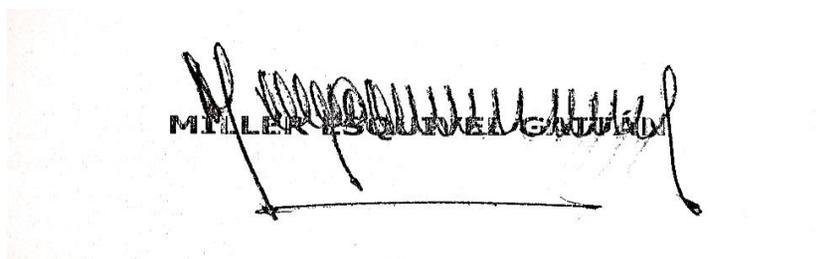
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL ROSARIO ALARCÓN RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 2019 00077 01. Juz. 38.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA DEL ROSARIO ALARCÓN RODRÍGUEZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 4.

- Pensión de vejez a partir del 24 de junio de 2016.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Costas.

Los hechos se describen a fl. 1 y 2. Nació el 26 de junio de 1959. Cuenta con más de 1.300 semanas cotizadas. Fue retirada del sistema de seguridad social en pensión a partir del 30 de mayo de 2016. El 18 de noviembre de 2014 solicito el reconocimiento de su pensión de vejez, prestación que le fue negada a través de la resolución GNR 87504 de 25 de marzo de 2015, decisión confirmada en los actos administrativos GNR 216595 de 19 de julio de 2015 y VPB 61512 de 16 de septiembre de 2015, al considerar que no cuenta con la densidad de semanas previstas en la norma. El empleador GRUPO ÉXITO S.A. certificó que la actora no tuvo licencias entre el 30 de marzo de 1981 y el 10 de septiembre de 2004. Interpuso

demanda ordinaria solicitando la corrección de la historia laboral y en consecuencia tener en cuenta los 88 días que figuraban en licencia, la cual le correspondió al Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá quien accedió a las pretensiones de la demanda, decisión que fue confirmada por La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Cotizó los periodos correspondientes de enero a mayo de 2016 junto con sus intereses moratorios. Solicitó nuevamente su pensión de vejez ante la administradora y le fue negada en resolución SUB 297991 del 28 de diciembre de 2017. Considera que al sumar las 1279,59 que le reconoce Colpensiones, con las 21.43 semanas cotizadas y las 12.57 ordenadas en sentencia, asciende a un total de 1313,57 semanas cotizadas y por ello tiene derecho a su prestación de vejez.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad, y corrido el traslado, **La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 63 a 72 contestó de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la negativa en el reconocimiento pensional por parte de la administradora. Que la decisión proferida en el mismo juzgado fue confirmada en segunda instancia.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones. Llego a la anterior decisión al considerar que a pesar de haber alcanzado la edad de 57 años no cuenta con 1.300 semanas, pues no es posible incluir en el conteo las semanas cotizadas de enero a mayo de 2016 junto con sus intereses moratorios por no tener sustento en una relación laboral. Respecto de los 88 días que solicita se tengan en

cuenta señaló no contar con la sentencia proferida en la oportunidad anterior y por ello no le era posible adicionar estas semanas.

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión la **parte actora** interpone recurso de apelación y solicita se revoque la sentencia, expuso que los aportes a seguridad en pensiones no pueden ser solamente el fruto de una relación laboral, tanto es que la demandante acudió a una mutual y a través de esta realiza los aportes y que fueron realizados como aportes voluntarios y Colpensiones acepto estos pagos. En relación con el otro proceso considera que por haber cursado en el mismo juzgado el juez debió verificar las actuaciones allí surtidas.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: señala que la afirmación de Colpensiones de que los aportes no resultan Válidos, cuando fueron ellos mismos quienes a través de un cálculo actuarial, aceptan el pago de dichas planillas en Su cuenta bancaria, por lo que como se ha dicho durante el proceso, la demandante ha actuado de buena fe y procurando el pago de los aportes de su pensión para poder cumplir con el requisito mínimo de semanas, que en su caso es de 1300 semanas, por lo que cotizó los últimos 5 meses que le faltaban para adquirir su derecho a través de estas empresas, por lo que se entienden, legales. De otra parte, si se adiciona a las 1279.57 semanas, las 21.43 semanas cotizadas mediante los recibos de pago que aportamos y las 12.57 semanas que además ordena se contabilicen, se obtiene un total de 1313.57 semanas válidamente cotizadas, por lo que ya tiene el derecho a su pensión de vejez por cumplir más de 1300 semanas.

Parte demandada: solicita se absuelva a Colpensiones de todas las pretensiones en su contra. Señala que de conformidad con los requisitos y una vez verificada la Historia Laboral de la señora María del Rosario Alarcón Rodríguez, se constató que a la fecha registra un total de 1279,57 semanas cotizadas y de igual manera, que, revisada su fecha de nacimiento, esto es el 8 de febrero de 1953, en la actualidad cuenta con 59 años de edad. Finalmente, la demandante no acredita el requisito de

1.300 semanas mínimas cotizadas previstas para el año 2019 y, en consecuencia, no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma, conforme se desprende de la resolución GNR 87504 de 25 de marzo de 2015, GNR 216595 de 19 de julio de 2015, VPB 61512 de 16 de septiembre de 2015 y SUB 297991 del 28 de diciembre de 2017. (fls. 9 a 31) donde solicitó a Colpensiones el reconocimiento pensional, con lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Pensión de vejez

Pide la demandante se declare que tiene derecho a la pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003, así como también que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la misma.

Como es conocido de autos, la accionante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues nació el 26 de junio de 1959 luego para su entrada en vigencia contaba con 34 años de edad y en cuanto a las cotizaciones contaba con 14 años 6 meses y 17 días de conformidad con el reporte de Colpensiones (CD EXP ADM), por lo que el régimen aplicable es el establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que señala:

"ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. ..."

Al constatar dentro del proceso si la demandante acreditó dichos requisitos, encuentra el Despacho que la accionante nació el 26 de junio de 1959, cumpliendo la edad requerida para el pensión (57 años) el 26 de junio de 2016, así mismo, se allegó al expediente copia del reporte de semanas expedido por el ISS (CD EXP ADM), donde se establece que cotizó un total de 1279,57 semanas al 31 de mayo de 2016, densidad inferior al número de semanas requeridas por la ley para acceder a la prestación solicitada como quiera que a partir del año 2015 las semanas mínimas requeridas son 1300.

Ahora, no es posible adicionar los 88 días que pretende la actora con base en la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por esta Corporación, como quiera que no fueron arrimadas al plenario a fin de corroborar su contenido. De conformidad con el art. 167 del CGP, incumbe a la parte actora, probar en el proceso los supuestos de los hechos respecto de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue, por lo que era de su carga aportar estas providencias judiciales o solicitarle al juzgado que fueran incorporadas como pruebas en el acápite correspondiente.

En relación con las cotizaciones efectuadas por la demandante en los periodos de enero a mayo de 2016, se precisa que no se pretendió siquiera probar en el plenario la existencia de una relación laboral con ARMANDO RESTREPO HENAO quien se registra como empleador, contrario a ello tal como se desprende del recurso de apelación se trató de un aporte voluntario, además dijo el abogado que fueron realizadas por medio de una asociación mutual. Por lo anterior no es posible que se tengan en cuenta estas semanas en el computo a fin de acreditar los requisitos previstos en la Ley 100/93, por cuanto no devienen de una relación laboral o de aportes al sistema en su calidad de independiente.

Contrario a los argumentos del apelante, en el régimen de prima media administrado por Colpensiones no se encuentran previstos los aportes voluntarios. Mas aun, solo hay lugar a las cotizaciones ante la existencia de la actividad como trabajador, sin importar que sea dependiente o independiente, tal como lo adoctrino La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación No. 33476 de 30 de septiembre de 2018, al señalar:

"La cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado, y es

***relativa a un periodo de tiempo determinado**, el cual ha de delimitarse según las normas reglamentarias de la seguridad social, por tratarse de un instituto que no se regula por las preceptivas del contrato de trabajo, ni es una mera extensión de la actividad laboral.*

(...)

*De esta manera, en el caso del trabajador dependiente afiliado al Sistema, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, **la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral**, pero su terminación no conlleva la posible pérdida de la condición de cotizante de manera simultánea; por virtud de la prestación efectiva del servicio y por el tiempo en que esto ocurra, se causan cotizaciones, y se adquiere la categoría de cotizante.”*

De otra parte, si bien Colpensiones recibió el pago de los aportes con intereses por los ciclos que aduce la demandante, lo cierto es que para esa administradora no es posible tenerlos en cuenta. Nótese que el pago de los intereses moratorios solo procede ante la falta de pago de los aportes y no frente a la falta de afiliación como es este caso. En caso de haber mediado una relación de trabajo esta debió ser demostrada y Colpensiones así realizar el cálculo actuarial por este periodo ante la falta de afiliación al sistema, para que una vez sea pagado se proceda con la inclusión de semanas en la historia laboral.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Las de alzada están a cargo de la demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de mayo de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Las de alzada están a cargo del demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

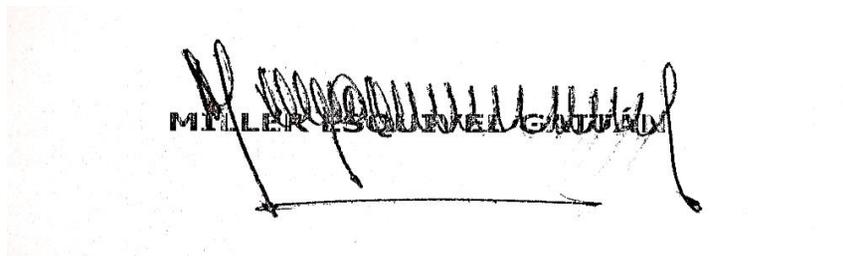
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELSA YOLANDA ROJAS GUTIÉRREZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00434 01 Juz 05.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ELSA YOLANDA ROJAS GUTIÉRREZ demandó a la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 3.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 7. Nació el 6 de septiembre de 1958. Se afilió al ISS el 26 de septiembre de 1978. Se trasladó el 5 de agosto de 1999 al fondo de pensiones y cesantías Colmena, hoy la AFP Protección. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un

análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. En diciembre de 2010 se trasladó a las instalaciones de ING para preguntar acerca del proceso para pensionarse de forma anticipada y allí le indicaron que el valor ahorrado en su cuenta de ahorro individual no le alcanzaba, por lo que tenía que seguir cotizando hasta los 57 años de edad. El 18 de abril de 2011 la demandante solicitó su afiliación y traslado al seguro social, mismo que le fue negado. La actora se acercó a Protección S.A., para preguntar sobre la pensión de vejez, a lo cual le respondieron que su capital ahorrado no era suficiente y que debía esperar hasta cumplir los 60 años de edad para redimir el bono pensional. El 17 de abril de 2019, la demandante solicitó a la AFP Protección la nulidad e ineficacia del traslado a Colmena S.A. La administradora de pensiones mediante oficio del 21 de mayo de 2019 negó la petición y anexo proyección de la mesada pensional de la accionante que en el RAIS correspondía a la garantía de pensión mínima y en Colpensiones a una mesada equivalente a \$2.684.211. El 23 de abril de 2019 la demandante solicitó afiliación al RPM ante Colpensiones, petición que no le fue notificada su respuesta.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
en los términos del escrito visible en fls. 62 a 72.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, el traslado a la AFP Colmena y la solicitud de traslado al ISS.
- Propuso como excepciones de fondo la inexistencia del derecho reclamado, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y genérica.

La AFP PROTECCIÓN S.A, contestó como consta a fls. 101 a 110.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó; el traslado efectuado a la AFP Colmena, la solicitud de nulidad de traslado radicada ante Protección S.A., la solicitud de proyección pensional y la negativa de la AFP Protección a la petición.
- Formuló como excepciones de fondo; validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través de Colmena Pensiones y Cesantías S.A, hoy AFP Protección. Ordenó a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen.

Recurso de apelación

COLPENSIONES inconforme con la decisión, alega que dentro del proceso no se logró demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento que llevara a la declaratoria de nulidad de traslado de régimen, pues las pruebas allegadas y el interrogatorio de parte rendido por la parte demandante, evidencia que la decisión fue libre y por voluntad propia. Además, fue ratificada con su permanencia en el RAIS por más de 15 años. Por otro lado, la actora no tenía una expectativa legítima y se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece el artículo 2 de la ley 797 de 2003, y por lo tanto no puede retornar al RPM, como quiera que afecta la estabilidad financiera del sistema pensional.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** manifiesta que la falta de información que aduce la demandante, debió ser probado dentro del proceso tal y como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, pues incumbe a la parte accionante probar el hecho de que existió un vicio, así mismo la jurisprudencia ha sido amplia en el tema de la carga dinámica de la prueba en temas de nulidad o ineficacia de traslado y en sentencia C-086 de 2016 se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo en comento, y para ello estableció que dicha carga sea asumida por quien se le ha vulnerado expectativas legítimas, caso en el que no nos encontramos. De igual forma se debe evaluar las circunstancias que dieron lugar a la afiliación y establecer la existencia de la información que para la época se solicitaba, fuera brindada a los afiliados, conforme a las normatividades para el año en que se efectuó el traslado.
- **AFP PROTECCIÓN:** no se pronunció en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta dada a la petición radicada el 23 de abril de 2019 (fl 42), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 5 de agosto de 1999, cuando solicitó su vinculación a la AFP Colmena AIG (hoy AFP Protección), según formulario que reposa a folio 32 y 136.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 5 de agosto de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colmena (fl. 32 y 136), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su

estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

No es dable acoger el argumento de COLPENSIONES según el cual la actora no puede retornar al RPM por estar inmersa en la prohibición prevista en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia del acto del traslado se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del

³ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones 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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella 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, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

⁴ *“ Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

Nada de lo anterior demostró la AFP Colmena (hoy AFP Protección), entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora, pero no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 21 años para alcanzar la edad de pensión. No obstante el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), y es por esto, que el argumento de permanencia en el RAIS no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión de cambio de régimen.

Insuficiencias que tampoco se subsanan por el hecho de que la actora reconociera que Colmena le informó algunas de las características del régimen de ahorro individual, pues tal información sin una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración y rendimientos, es de advertir que como el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen

pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008⁵), concluye La Sala que ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, por lo que las AFP deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁶).

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

⁵ "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:
[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

⁶ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de junio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

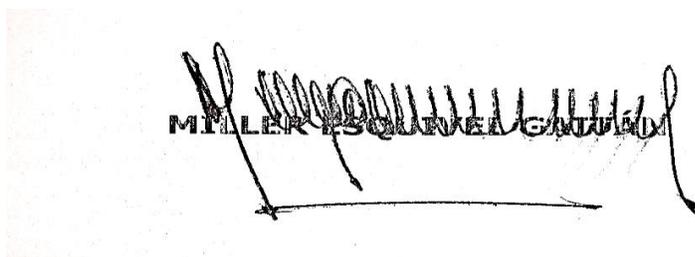
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LILIANA MARCELA CASTILLO ARIZA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00054 01 Juz 02.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

LILIANA MARCELA CASTILLO ARIZA demandó a la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 61.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 4. Nació el 21 de octubre de 1961. se afilió a Cajanal el 14 de abril de 1993. Se trasladó a la AFP Porvenir el 25 de enero de 1995. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. La AFP no desalentó a la demandante en continuar vinculada al RAIS. Porvenir S.A. El

8 de noviembre de 2018 le informó que tenía un total de 1256 semanas cotizadas en toda su vida laboral y un total de capital acumulado de \$68.751.332 en su cuenta de ahorro individual. La proyección pensional hecha el mismo día refleja que el monto de su pensión equivale a la suma de \$781.241 al cumplir los 57 años de edad y con 1256 semanas cotizadas en garantía de pensión mínima. La mesada pensional en el régimen de prima media sería de \$1.479.984 con 1300 semanas cotizadas y una tasa de remplazo del 65.00% en la modalidad de renta vitalicia. La actora elevó petición de nulidad de traslado ante Porvenir S.A. y Colpensiones el 29 de octubre de 2018, la cual fue negada mediante por ambas entidades.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 67 a 78.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; la fecha de nacimiento de la demandante, el comienzo de su vida laboral, la reclamación administrativa que fue negada.
- Formuló como excepciones de fondo la falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

LA AFP PORVENIR contestó en los términos del escrito visible a folios 99 a 111.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; la fecha de nacimiento de la demandante, el oficio enviado por Porvenir, el número de semanas cotizadas, el capital acumulado, la solicitud de nulidad de traslado y la negativa por parte de la AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción de la acción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del

RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir, de fecha 27 de enero de 1995. Ordenó a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que Porvenir S.A. no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

La AFP Porvenir manifiesta que para dictar la sentencia no se valoró el interés particular de la demandante para solicitar la ineficacia del traslado. De igual forma señala que la decisión se limita a la simple aplicación de una línea jurisprudencial y no en la violación de normas en materia de seguridad social, por lo que se está transgrediendo la seguridad jurídica en el proceso. La exigencia probatoria en cabeza de la AFP no es acorde a los requisitos vigentes al momento del traslado, lo que hace imposible demostrar la debida asesoría alegada. Indica que la demandante no contaba con ninguna expectativa legítima pensional. No se encuentra probada la situación fáctica que pudo invalidar la afiliación o generar algún vicio del consentimiento. Solicita se revoque la condena de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que estos valores ya fueron descontados para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

COLPENSIONES Considera que es improcedente la declaratoria de nulidad del traslado, toda vez que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de la ley 797 de 2003, ya que no es beneficiaria del régimen de transición y por tanto no se puede trasladar en cualquier tiempo. De otra parte, manifiesta que no se acreditaron las situaciones que dieran lugar a vicios del consentimiento en el acto jurídico de la afiliación. Solicita se de aplicación al artículo 167 del CGP y no el artículo 1604 del Código Civil, debido a que las normas civiles no identifican los sujetos que conforman un contrato de afiliación. Afirma que la decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones que es un tercero ajeno de buena fe. Como pretensión subsidiaria solicita que, en caso de confirmarse la providencia, se ordene a la AFP trasladar todos los valores de la cuenta de ahorro individual debidamente indexados. Por último, ruega no se condene en costas a la entidad.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** solicita se revoque la sentencia. Manifiesta que resulta desproporcional, colocar la carga de la prueba en las AFP en el caso en particular en Colpensiones, que en los casos que se ha declarado la nulidad, es la más afectada en lo atinente a los sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio el 25 de enero de 1995, queriendo decir esto que ha transcurrido aproximadamente 25 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma. Solicita sea relevada de la condena en costas, y agencias en derecho, ya que Colpensiones no participó en el acto que se declara nulo y/o ineficaz, y el sustento de la decisión guarda relación con una conducta desplegada por un tercero ajeno a la Administradora del RPM.
- **AFP PORVENIR:** manifiesta que no existe un mínimo esfuerzo probatoria de la parte actora, toda vez que la condena recae sobre apartes de sentencias que sin motivo algunos son equiparadas con el caso de la demandante. No se le puede exigir a la administradora lo contenido en normatividad y jurisprudencia que se promulgó 25 años después de la afiliación de la demandante. Reclama que la condena a la devolución de los gastos de administración se incurre en una desfinanciación del sistema pensional.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la

declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el traslado del capital acumulado junto con los gastos de administración y primas de seguros previsionales, aplicación de la línea jurisprudencial de la C.S.J., la legislación civil en el contrato de afiliación y la estabilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 29 de octubre de 2018 (fls. 37 a 38), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 27 de enero de 1995, cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.), según formulario que reposa a folio 113.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 27 de enero de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.) (fl. 113), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que

a) Lugar y fecha;

b) Nombre o razón social y NIT del empleador;

c) Nombre y apellidos del afiliado;

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Sin embargo, la AFP Porvenir no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (fl. 113) consignada con la firma de la demandante, no es prueba suficiente para probar un consentimiento debidamente informado. Además, tampoco fue realizada una proyección de su mesada pensional o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

³ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones 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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella 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, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

En cuanto a lo manifestado por el apoderado de Porvenir S.A., el cual afirma que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no debe ser equiparable a la normatividad existente en materia de seguridad social, La Sala advierte que no comparte dicho argumento y para su fundamento se hace referencia a la sentencia C-836 de 2001 del órgano Constitucional que expone lo siguiente:

*"La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular. Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute **probable**"*

Lo anterior quiere decir que el fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia se encuentra en el derecho que tienen los ciudadanos de que las decisiones judiciales se funden en una

interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley como objetivo y límite de la actividad estatal suponen la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales que obliga especialmente a los jueces.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP PORVENIR, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008⁴), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁵). Por lo anterior, no resulta viable la indexación de los valores que se trasladarán.

⁴ "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

⁵ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

De acuerdo a lo planteado por Colpensiones acerca de la errónea interpretación y aplicación del artículo 1604 del Código Civil para tratar el tema de los contratos de afiliación, La Sala se aparta de dicha afirmación, toda vez que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-2817 de 2019 adoctrino que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS está en cabeza del fondo de pensiones, al respecto dijo:

"Corresponde a la AFP brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión y realmente libre sobre su futuro pensional" y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP [...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa como aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido".

Ahora bien, en atención a la solicitud de Colpensiones de no ser condenada en costas, debe decirse que con base en el artículo 365 del Código General del Proceso⁶, procede la condena en costas a cargo del recurrente que no prospera su apelación.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

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

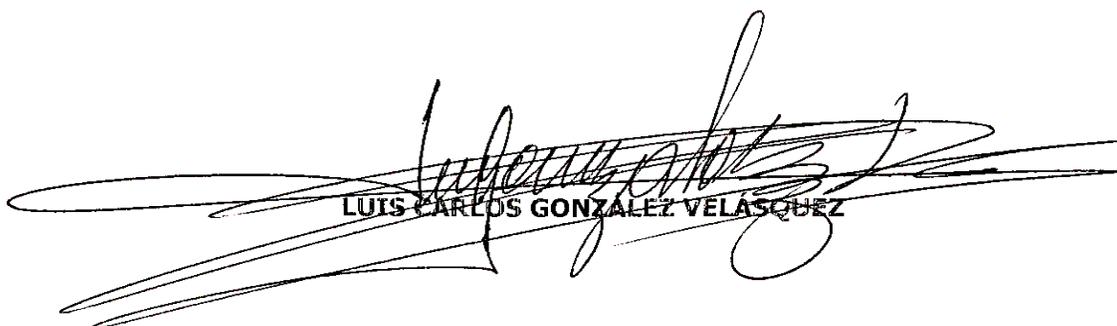
⁶ Art 365. "En los procesos y en las actuaciones posteriores de aquellos en que haya controversia sobre la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le **resuelva desfavorablemente en el recurso de apelación**, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

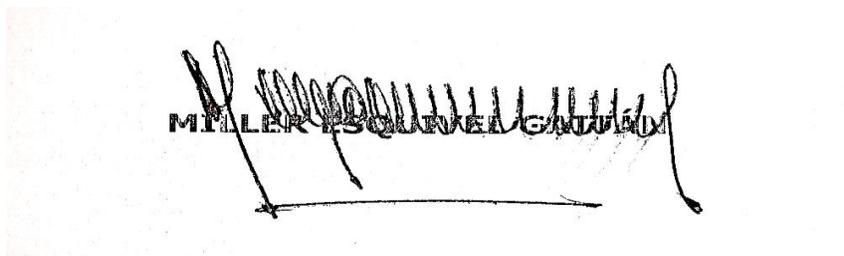
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MABEL DEL CARMEN ZURBARÁN BARRIOS CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00284 01 Juz 07.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

MABEL DEL CARMEN ZURBARÁN BARRIOS demandó a la AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 a 5.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 7. Nació el 7 de noviembre de 1965. Se afilió al ISS el 4 de julio de 1995, en el cual acreditó un total de 50,57 semanas desde el 1 de julio de 1995 hasta el 30 de junio de 1996. Se trasladó el 22 de junio de 1996 al fondo de pensiones y cesantías Colfondos S.A. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro

individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. El 29 de enero de 2002 se trasladó a la AFP PORVENIR que administró sus aportes hasta el 2005. La administradora de pensiones le dijo a la actora que los beneficios y ventajas que obtendría con el RAIS serían mejores a los que ofrecía el RPM administrado por COLPENSIONES. El 19 de septiembre de 2005 la actora radica formulario de afiliación para retornar al RPM, la cual no fue atendida por el ISS en su momento. El 26 de septiembre de 2017 solicitó simulación de la mesada pensional que asciende a \$1.872.754 luego de ahorrar un capital de \$446.623.499. En el RPM, equivaldría a \$6.231.135. El 13 de octubre de 2017 la demandante eleva solicitud de nulidad de traslado ante COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR la cual fue negada por ambas entidades. El 1 de febrero de 2018 solicita la nulidad de traslado ante COLPENSIONES, que tuvo una respuesta negativa de parte de la administradora.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 128 a 152.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a Colfondos S.A., la suscripción del formulario para retornar al ISS, la negativa de la entidad ante la solicitud de nulidad de traslado, petición radicada por la demandante debido al silencio ante la solicitud del 2005 y la respuesta de la entidad a dicho suceso.
- Propuso como excepciones de fondo la prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

La AFP PORVENIR S.A, contestó como consta a fls. 204 a 211.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; respuesta negativa a la solicitud de nulidad de traslado, los registros de novedades del SIAFP y RUAF y el traslado inicial efectuado con la AFP COLFONDOS.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional por falta de causa y afectación de los derechos de terceros de buena fe y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., en los términos del escrito visible en fls. 182 a 191.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el traslado efectuado al RAIS el 22 de junio de 1996, la densidad de semanas cotizadas, la solicitud de simulación de mesada pensional, la proyección de monto pensional entregada a la demandante, la solicitud de anulación de la afiliación con sus respectivos formularios, la respuesta que niega la solicitud de nulidad de traslado y la imposibilidad de remitir el formulario de afiliación junto con la explicación escrita del asesor al momento del traslado y el oficio radicado por la actora ante la entidad.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A., buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP COLFONDOS de fecha 22 de junio de 1996. Ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente

a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen.

Recurso de apelación

COLPENSIONES inconforme con la decisión, alega que la demandante al momento de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 no reunía con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, además que tampoco tenía ninguna expectativa pensional, por lo que resulta improcedente su retorno al régimen de prima media. Indica que la demandante no hizo uso de su derecho de retracto y que colocar la carga de la prueba solo en cabeza de la AFP o Colpensiones es desproporcionado. Manifiesta que la decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

LA AFP Porvenir solicita se revoque de manera integral la decisión, toda vez que se aparta de la interpretación de la línea jurisprudencial realizada por el despacho debido a que la misma ha sido enfática en que solo es procedente cuando se trate de afiliados que tenían una expectativa pensional o beneficiarios del régimen de transición, además que se debe analizar los supuestos facticos de cada caso para darle aplicación. Señala que el traslado de la demandante se dio de forma libre y voluntaria y que ratifico su voluntad al efectuar el traslado horizontal ante el fondo de pensiones.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: solicita se confirme la decisión, toda vez que es a los fondos de pensiones a los que incumbe el deber de demostrar que asesoraron en debida forma al potencial afiliado. Señala que las demandadas no lograron demostrar que asesoraron en debida forma a la actora por lo que no cumplieron con la carga procesal, sino que fue la parte demandante la que demostró en el trámite judicial que fue engañada por asesores de la AFP Colfondos para obtener su afiliación al RAIS y que dicho engaño se perpetuo en el tiempo por parte de Porvenir S.A. indica que la prescripción no puede aplicar en el caso, pues se pretende la ineficacia de un

hecho jurídico, esto es, el acto mismo de afiliación, y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, la prescripción recae sobre derechos y no sobre los hechos, y que dada su naturaleza es imprescriptible.

Parte demandada

COLPENSIONES: solicita se revoque la sentencia. Manifiesta que resulta desproporcional, colocar la carga de la prueba en las AFP en el caso en particular en Colpensiones, que en los casos que se ha declarado la nulidad, es la más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando no era obligatorio dejar un registro documental de la misma.

COLFONDOS S.A.: no hizo uso de ellos en esta etapa procesal.

AFP PORVENIR: requiere se revoque la decisión. Solicita se analicen las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que la AFP cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a los diferentes actos ejecutados por la parte demandante por espacio de más de 24 años, pruebas que analizadas en conjunto, sin duda evidencian el consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la

declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 13 de octubre de 2017 (fls. 43 a 52), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 14 de febrero de 2005, cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos, según formulario que reposa a folio 192. Luego de estar afiliada a la AFP porvenir S.A. desde el 29 de enero de 2002 (fl. 29) y a Colfondos S.A. (fl. 27) a partir del 22 de junio de 1996.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien la actora el 22 de junio de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos (fl. 27), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se

a) Lugar y fecha;

b) Nombre o razón social y NIT del empleador;

c) Nombre y apellidos del afiliado;

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento

Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora, pero no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 26 años para alcanzar la edad de pensión. No obstante el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), y es por esto, que el argumento de traslado entre

³ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones 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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella 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, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

administradoras del mismo régimen no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión de cambio de régimen.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

Ahora, conforme lo señalado por Colpensiones con relación al derecho de retracto con que contaba la actora, esta Sala no realizara ningún pronunciamiento como quiera que se trata de un argumento que tan solo se expone en esta instancia y por ende no puede ser objeto de estudio por no haber sido analizado al proferirse la decisión de primera instancia y tampoco se tuvo la oportunidad de controvertir por las partes intervinientes.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP PORVENIR, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones*

legales”, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008⁴), ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁵).

Bajo los anteriores razonamientos se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

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

⁴ “Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:

[...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

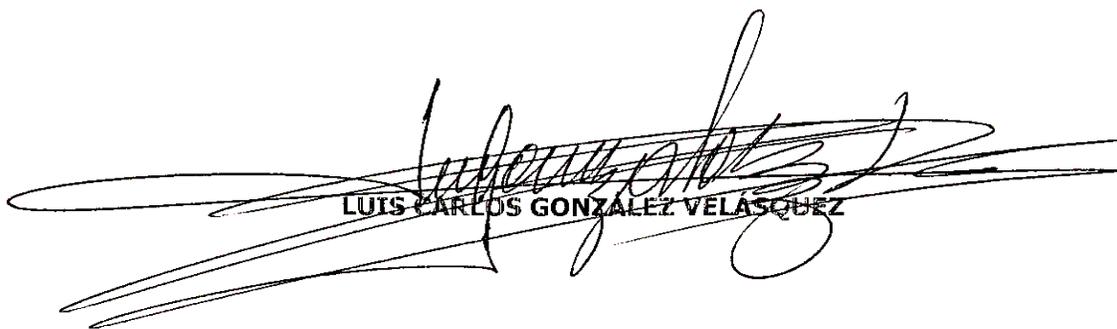
⁵ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

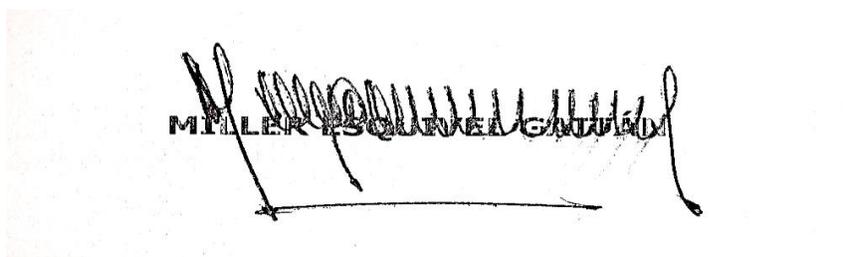
SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

EN PERMISO
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN