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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por ELSY JOHANA DIAZ BARRIGA contra SODEXO SERVICIOS DE BENEFICIOS E INCENTIVOS COLOMBIA S.A. Rad. 110013105-037-2019-00649-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 27 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **ELSY JOHANNA DIAZ BARRIGA** instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa SODEXO SERVICIOS DE BENEFICIOS E INCENTIVOS COLOMBIA S.A. vigente entre el 01 de marzo de 2006 y el 31 de diciembre de 2018, en el cargo de Ejecutiva de Cuentas Corporativas; que la remuneración pagada por cupo de beneficios y bono anual sí constituyen factor salarial. Se declare que tiene derecho en virtud del principio de trabajo de igual valor, debe corresponder igual retribución, al reajuste de su salario al mismo salario que la empresa demandada siempre ha pagado a la señora MARÍA DEL PILAR MOLINA. En consecuencia, se reconozca y pague la nivelación salarial con la mencionada señora; reliquidándose junto con el bono anual y cupo de beneficios, las cesantías e interés a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y los aportes al régimen de la seguridad social, así corno la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa con toto el tiempo laborado, más los aludidos beneficios y

nivelación salarial. La indemnización moratoria prevista por el artículo 65 del C.S.T., además de los derechos que ultra y extra petita lleguen a surgir en el trámite de la causa, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que la empresa SODEXO SERVICIOS DE BENEFICIOS E INCENTIVOS COLOMBIA S.A. la vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 01 de marzo de 2006. Mencionó que el cargo desempeñado fue el de Ejecutiva de Cuentas Corporativas. Respecto a los factores salariales, relató que la accionada desnaturalizó la naturaleza salarial del salario básico, le soslayó una parte salarial y otra no salarial, pagándole en el año 2006 un salario básico de $1.704.900, en 2007 $802.403, en 2008 $1'065.992, en 2009 $1'215.623, en 2010 $1'305.138, en 2012 $1'121.383, en 2013 $1'627.484, en 2014 $1'627.484 y en 2017 $2'497.649 y bajo el concepto de cheques canasta, en 2006, le pagaron, como factor no salarial la suma de $32.000,00, bajo el concepto de bono mensual, en 2006 la suma de $180.000,00, en 2007 $155.531,00, y en 2008 $166.418,00, asimismo, en 2006 le fue consignado $100.000,00, bajo el concepto de auxilio de alimentación, igualmente, en 2007, le fue retribuido como factor no salarial la suma de $38.319,00 y en 2008 $41.002,00, bajo el concepto de variable mensual acorde con indicadores. De igual manera, en 2009 le fue pagado, como factor no salarial, la suma de $535.815, en 2010 $558.540, en 2011 $580.883, en 2012 $435.991 y en 2013 $488.246 bajo el concepto de bono mensual, ahorros pensionales y beneficios para vivienda. En suma, en 2014 le fue consignado, como factor no salarial la suma de $136.000,00 y en 2017 $240.438,00 bajo el concepto de auxilio de alimentación. Añadió que, en 2009, le fue remunerado como factor no salarial el 44,07%, en 2010 y 2011 el 44,50%, en 2012 el 42,86% y en 2013 42,19% del ingreso mensual. Precisó que le fueron liquidadas y pagadas las cesantías e intereses y primas de 2008 a 2014 teniendo en cuenta solamente el salario que reconoció como factor salarial. Precisó que suscribió varios otro sí al contrato de trabajo, denominados «adhesión de la trabajadora» el 30 de octubre de 2008, el 25 de enero de 2010, el 26 de enero de 2009, el 01 de abril de 2013, el 01 de enero de 2011, el 01 de enero de 2012 y el 09 de junio, 2014, de igual forma, informó que el 15 de febrero de 2008 suscribió con la empresa, un documento denominado «acuerdo interno», para conciliar si el bono anual en efecto, constituía factor salarial, y que, de allí en adelante, la empresa lo incluiría en la nómina bajo esa naturaleza salarial, lo cual, también quedó constituido en conciliación ante el Ministerio de Trabajo el 18 de febrero de 2008. Señaló que SODEXO SERVICIOS DE BENEFICIOS E INCENTIVOS COLOMBIA S.A., desde el inicio del contrato de trabajo le reconoció y pagó un bono anual, y agregó que, en

2017, el bono causado en favor de la demandante ascendió a $9'806.684; que los bonos anuales causados en los años fiscales 2017-2018 y 2018-2019 no le fueron pagados ni incluidos en la liquidación final. Denotó que el 25 de octubre de 2018, le reclamó al empleador el pago de todos sus derechos laborales, el reajuste del salario y el bono anual.

Respecto de la nivelación salarial, manifestó que la empresa contrató a la señora MARÍA DEL PILAR MOLINA el 01 de junio de 2016 para desempeñar el cargo de Ejecutiva de Cuentas Corporativas, advirtió que siempre cumplió las mismas funciones que comportan el cargo de EJECUTIVA DE CUENTAS CORPORATIVA con la señora antes mencionada, quien a su vez tenía asignadas, entre otras tareas, las del *mantenimiento del portafolio, lograr cross de cuentas asignadas del portafolio, up selling de cuentas asignadas, cumplimiento del presupuesto total, realizar 48 visitas mínimo por mes efectivas* y *lograr 360 grados en las cuentas para lograr todos los contactos de las áreas de las cuentas asignadas*; anotó que la señora MARÍA DEL PILAR MOLINA devengaba en 2018 un salario de $3'279.150, mientras que ella devengó como salario básico la suma de $2'746.564 y finalizó apuntando que solicitó a la empresa demandada el incremento anual y reajuste salarial igual al dispuesto para la señora MARIA DEL PILAR MOLINA.

De otro lado, explicó acerca de la terminación del contrato de trabajo, que la empresa SODEXO SERVICIOS DE BENEFICIOS E INCENTIVOS COLOMBIA S.A. incumplió las obligaciones laborales contractuales por el pago del salario y su naturaleza salarial, desmejorando en forma continua y sistemática su asignación salarial con la eliminación del bono anual, desmejorando el pago de las comisiones, pago inferior de salarios respecto de sus pares. Asimismo, incumplió las obligaciones laborales contractuales, al tomar como ingreso base de cotización valores inferiores al salario real violando el principio «a trabajo de igual valor salario igual». Como consecuencia, del incumplimiento de las obligaciones laborales, el 12 de marzo, el 30 de mayo y el 25 de octubre de 2018 reclamó a la empresa SODEXO S.A., por el pago de sus derechos laborales, lo cual fue respondido de manera negativa; precisando que el 20 de noviembre de 2018 de manera unilateral e injusta le terminó su contrato de trabajo. Expuso que, para su liquidación final, la empresa tomó como salario básico mensual, la suma de $1'760.624,00., cuando en 2017, su salario básico mensual ascendía a $2'257.211,00 y no tuvo en cuenta el bono anual constitutivo salarial. Finalmente afirmó que no le han sido pagados sus derechos laborales insolutos de los factores que denominó como no salariales (Fls. 03 a 24).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad demandada **SODEXO SERVICIOS DE BENEFICIOS E INCENTIVOS COLOMBIA S.A,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, el contrato de trabajo suscrito entre las partes se ejecutó entre el 01 de marzo 2006 y el 20 de noviembre de 2018, que el cargo inicial desempeñado fue el de ejecutiva de cuenta; agregó que en la comunicación y en el otro sí de marzo 31 de 2006, se da cuenta de que el cupo de beneficios no constituye salario ni factor salarial, prestacional o indemnizatorio, manifestando que esa misma condición se estableció en adelante para los años subsiguientes hasta la comunicación del 20 de marzo de 2018, vigente a la fecha de terminación del contrato de trabajo. Adujo que los cupones de bono se pactaron como no constitutivos de salario y el bono anual a partir de 2008 fue convenido de naturaleza salarial. Anotó que a partir de 2013 dejó de pagarse el bono anual y se incluyó dentro de las comisiones, como se evidencia en los comprobantes de nómina del año 2015 hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo en noviembre de 2018. Resaltó que las variables de funciones, actividades cumplidas y metas propuestas para cada empleado fueron diferentes y finalizó argumentando que a la fecha de terminación del contrato de trabajo se le pagaron a la accionante, la totalidad de los salarios, prestaciones sociales e indemnización por terminación de contrato de trabajo, no adeudándosele ninguna suma de dinero derivada de la relación laboral que existió. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «insistencia de obligación laboral por parte de mi representada», «cobro de lo no debido» y «compensación» (Fls. 121 a 139).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 27 de abril de 2021, declaró que los pagos denominados «cupo de beneficios» no son pagos constitutivos de salario; declaró que el pago denominado bono anual, se convirtió en una comisión constitutiva de salario, que se pagó en debida forma a la demandante, absolviendo de la reliquidación invocada por tales conceptos. Condenó al reconocimiento y pago a favor de la demandante de los siguientes conceptos por reliquidación de las acreencias laborales, así: a. $893.025 por re liquidación de las cesantías, b. $103.060 por re liquidación de intereses a las cesantías c. $893.025 por re liquidación de primas de servicios, d. $446.512 por re liquidación de la compensación en dinero de las vacaciones, e. $3.253.363 por reliquidación de la indemnización por despido, f. por el pago de la diferencia con destino al sistema de seguridad social en pensiones, para los años 2017 y 2018,

tomando un ingreso base de cotización para el año 2017, la suma de $560.513 y para el año 2018 en la suma de $370.824, g. el pago indexado de las condenas contenidas en los literales anteriores. Declaró probada parcialmente la excepción de cobro de lo no debido y no probadas las demás excepciones. Absolvió a SODEXO de las demás pretensiones invocadas en su contra y la condenó en costas.

Para arribar a la anterior decisión, encontró inicialmente acreditada la existencia de la relación laboral; advirtió que la Corte Suprema de Justicia ha establecido la regla que establece la forma de calificación de los factores constitutivos de salario, precisando que deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él y en caso de generarse duda, debe resolverse en favor de la regla general, es decir, que para todos los efectos es retributiva. Explicó que, por regla general, los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica. En ese sentido, sostuvo que, en el caso de marras, al confrontar el análisis probatorio se evidenció que, en el contrato de trabajo suscrito entre las partes con las modificaciones introducidas, existen cláusulas especificas en las que se pactó de manera clara, precisa y expresa el salario y además se dio el carácter de desalarización de manera taxativa al cupo de beneficios que reclamó la actora. Asimismo, determinó que no se desconocía por las partes el acuerdo escrito que indicaba el cupo de beneficios y que éste no constituía factores salariales, siendo clara la intención de desnaturalizarlos, agregando que ese es el objeto social de la empresa y del cual tenía conocimiento la demandante en el cargo desempeñado, incluso, añadió que se evidenció que ese cupo de beneficios no se daba por el rendimiento de los comerciales sino de toda la fuerza comercial podía gozar de ella y de acuerdo a la política salarial que se modificaba de manera anual; precisando, la escogencia de esos beneficios se daba y pactaba de manera libre y voluntaria por cada empleado al momento del ingreso mediante una reunión dónde se socializaban los mismos, según las necesidades de cada trabajador que no eran propias del cargo, destacando que el cambio de la liquidación variaba pero no afectaba su reconocimiento, así, la liquidación de la trabajadora dependía de si los recursos y resultados de la empresa, y no los del trabajador, alcanzaban a cumplir esa meta. Expresó que, dado que fue beneficiaria de unos otro sí y otros no, ello demostró que dichos pagos no buscaban remunerar el servicio prestado sino mejorar su ingreso, como se estableció en los otros sí, teniendo esto respaldo en lo señalado por la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria, en dónde se reitera que estos pactos se ajustan a la legalidad y se encuentran apegados válidamente al artículo 128 del CST. Precisó que de acuerdo al artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, los pagos laborales no constitutivos de salario no superaron el 40% del total de la

remuneración, por lo tanto, concluyó que el origen y destinación del cupo de beneficios no atendían a beneficiar la prestación del servicio, razón por la cual no se constituía como valor salarial y, en consecuencia, no fue tenido en cuenta para efectos de la reliquidación solicitada.

Respecto a la nivelación salarial, argumentó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que en tratándose de la carga de la prueba, es al trabajador a quien le corresponde aportar pruebas e indicios sobre la existencia de un trato remunerativo diferencial, correspondiendo al empleador justificar dicha conducta con base en criterios objetivos, no bastando con acreditar una política de remuneración, sino que ésta debió haber sido aplicada de manera regular a los trabajadores. Manifestó que, respecto de las evaluaciones y documentos aportados, no evidenció que se le hubiera exigido a la demandante una retroalimentación en el manejo de otro idioma por parte de la empresa. Concluyó que no quedó clara la justificación objetiva en el trato diferenciado de la demandante respecto de la señora María del Pilar Molina, en la medida que se desprendía que la asignación salarial a ella otorgada, al parecer, se dio en un primer momento de la contratación porque no quedó claro la razón inicial de la vinculación como una excepción frente a todos los demás *Farmer*, con una asignación superior a la demandante, no existiendo claridad en esa contratación, que conforme al inciso 3 del artículo 143 del CST corresponde al empleador acreditarla conforme a la carga de la prueba, por lo tanto, consideró que la parte demandada no logró acreditar su carga probatoria, acreditando los factores objetivos, en este caso, acreditando la diferenciación salarial. Finalizó advirtiendo que en el periodo en el que la trabajadora María del Pilar laboró como Farmer en igualdad de condiciones con la demandante, no existió claridad respecto del manejo del idioma inglés, incluso, en el manejo que se afirmó con un único cliente, Colegio Anglo Colombiano, se afirmó que efectivamente se debían dar capacitaciones una vez por año, pero muchas veces no fue apoyada en este proceso, además, se demostró que existió la experiencia de la señora María del Pilar Molina al trabajar con dos multinacionales con anterioridad a vincularse con la empresa, anotando que, del periodo analizado como Farmer, entre 2017 al 2018 no se encontró acreditado que dicha situación mejorara su portafolio en comparación con la demandante, por el contrario, se había acreditado que era inferior, por lo demás, las certificaciones del idioma ingles no eran un requerimiento inicial en el contrato de trabajo y era necesario el uso de este solo una vez al año, probando de tal manera, por la parte actora, un trato diferenciado en las nóminas sin la acreditación de los elementos objetivos que lo justifiquen.

Advirtió que se acreditó que la reclamación sobre este derecho se inició el 20 noviembre del año 2018, interrumpiendo la prescripción y presentándose la demanda dentro del término trienal el día 4 de septiembre del año de 2019, en ese orden de ideas, resaltó que no había lugar a declarar probada la excepción de prescripción, en el sentido de que la reliquidación sólo corresponderá entre los años de 2017 y 2018, anualidades en las que la señora María del Pilar estuvo como Farmer en igual condición es que la demandante, sin que para anualidades se hubiese justificado la diferenciación salarial. Agregando que, al momento de realizar la respectiva operación aritmética, la acreditación de las nóminas de ambas trabajadoras respecto del salario básico, no se tuvo en cuenta lo relacionado con comisiones, sino la diferenciación en el salario básico que es donde se afirma la diferenciación salarial y la aplicación del principio objeto de estudio, pues lo adicional si correspondía a factores particulares derivadas de la producción de cada una de las trabajadoras.

En tal medida, accedió a la nivelación salarial, pero absolvió por el reajuste deprecado, precisando en torno a la sanción moratoria, que la accionada obró de buena fe.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante **ELCY JOHANA DIAZ BARRIGA**, presentó recurso de apelación parcial, respecto del numeral primero, consecuente con el segundo punto acerca del bono anual, considerando para tal efecto, que la valoración realizada debe interpretarse en el sentido literal de los testimonios, indicó que cuándo se hizo un recuento de ellas, los testigos fueron claros al aseverar que los beneficios que se recibían sí respondían a la contraprestación directa del servicio y no se trataba de un reconocimiento por mera liberalidad; argumentó que el Juzgado tomó un único concepto que la señora Camila justificó como una retribución que no iba al patrimonio de la demandante, que eran los gastos por gasolina, no existiendo un valor fijo, una vez causado el pago y al final del mes se hacía el reintegro de modo que no había un gasto fijo, tratándose de un gasto operativo en la prestación del servicio, pero que tal ejemplo la tomó el juzgado para hacerlo extensivo a todos los factores salariales. Añadió que los testigos, en especial la directora de nómina, señalaron que no se exigía ninguna contraprestación ni ningún soporte para causar el beneficio de vivienda. Mencionó que para la empresa era indiferente qué paquete de beneficios escogían sus empleados, pues advirtió que lo importante era que en la sumatoria de beneficios se

le quitara el factor salarial, hasta el 50% del salario que recibía la demandante, de manera que, de la valoración de la prueba, halló un error de hecho en la interpretación de las pruebas. Consideró, además, que la interpretación que hizo el Juzgado acerca del objetivo del paquete de beneficios fue subjetiva, puesto que no se mejoró el ingreso sino se soslayó un único valor de salario en varios conceptos, pero no se puede concluir que el valor que supere el cargo fijo salarial, necesariamente es porque es un beneficio del ingreso, insistió en que los conceptos alegados sí tienen la naturaleza salarial.

Respecto del numeral tercero, afirmó que, dado que se hizo una interrupción de la prescripción el 20 de noviembre de 2018, ello le daba el espacio suficiente a la parte actora para llegar hasta el 20 de noviembre de 2015, y dado la señora Pilar entró en 2016, ello daba lugar a re liquidar los conceptos desde el ingreso de la señora Pilar en 2016 hasta diciembre del mismo año; también alegó que se hizo una reliquidación de los factores básicos, pero no de las comisiones, pues el salario básico devengado tenía una incidencia directa sobre la forma en que se ganaban las bonificaciones tal como lo mencionaron las testigos, porque a partir del básico se calculaba el 80 o 95% de las comisiones. De modo que, tuvo que recibir unas comisiones inferiores por lo que la nivelación se hizo de manera parcial al no tener en cuenta las comisiones que eran consecuencia directa del salario básico.

Finalmente, apeló lo relativo a la indemnización moratoria, reiterando que, si bien esta no es automática, el hecho de quitar los factores salariales a los componentes del salario no es una actuación de buena fe, no pudiéndose atender la absolución por indemnización moratoria, más aún, cuándo la demandante fue despedida por solicitar su reliquidación incluyendo los factores salariales y no siendo un caso aislado sino una actuación sistemática de la empresa con otros trabajadores que también solicitaron tal reajuste.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos, el apoderado judicial de la demandante en similares términos a los expresados en la alzada. La accionada, solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación establecer si la demandante, ELCY JOHANA DIAZ BARRIGA tiene derecho al reajuste prestacional deprecado teniendo en cuenta los denominados factores extrasalariales percibidos y denominados cupos de beneficios. Si hay lugar a extender hasta el año 2016 el reajuste por nivelación salarial y si en virtud de ésta última debe aumentarse el valor del reajuste ordenado. Finalmente, determinar si hay lugar a elevar condena por la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 2006 y el 30 de noviembre de 2018 según se desprende de la copia del contrato de trabajo (fls. 26 a 31 y 140 a 142), los otros sí (fls. 39 a 69, 161 a 203), la comunicación de terminación del vínculo laboral (fls. 96 y 146), así como de la liquidación final de prestaciones sociales (fls. 97 a 99 y 147), lo cual da cuenta que la actora fue contratada bajo la modalidad de contratación a término indefinido, aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

De igual modo, tampoco se discute en esta instancia lo relativo a la nivelación salarial de la demandante respecto de la señora MARIA DEL PILAR MOLINA, toda vez que la misma fue concedida por el a quo, sin que fuese motivo de alzada.

REAJUSTE SALARIAL - PAGOS CONSTITUTIVOS DE SALARIO

Los artículos 127 y 128 del C.S.T., definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. El primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán

elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ, ha señalado en las sentencias radicadas con los números 84485 del 14 de octubre de 2020 (SL4342-2020) y 68303 del 14 de noviembre de 2018 (SL5159 de 2018), estimó lo siguiente:

> *«Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.*
>
> *Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.*
>
> *Al respecto, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:*
>
> > *El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».*
> > *La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).*
> >
> > *Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.*
> >
> > *Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.*
> >
> > *Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede*

> *desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.*
>
> *De acuerdo al estudio desplegado en sede extraordinaria se concluye que la prima extralegal acá denominada «PNO CONST. SAL» constituye salario ante la ausencia de pacto expreso, sumado a la imposibilidad de establecer su finalidad, de modo que debe seguirse la regla general que pregona que todo cuanto recibe el trabajador está destinado a retribuir sus servicios personales.*
>
> *Aquí, conviene recordar que es al empleador a quien corresponde demostrar la destinación específica de cada pago, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida, carga que acá no se verificó (CSJ SL5159-2018 y CSJ SL12220-2017)».*

De igual modo en la sentencia SL4866-2020 el Alto Tribunal recordó que el calificativo que se le dé a los pagos entregados al trabajador, por sí solo no evidencia la naturaleza de aquellos, como tampoco se pierde por el hecho de haberse acordado que determinada erogación no la tiene, si en efecto por su habitualidad y esencia, la misma retribuye el servicio del trabajador. Precisando, además que, el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Allí se recordó lo dicho en sentencia CSJ SL8216-2016, en torno a que es el empleador quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa, así:

> *«Se pactó así, en favor del trabajador el pago de $362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante».*

A juicio de la aludida Corporación, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, sino que por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del C.S.T. para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen salario (Ver entre otras, la sentencia CSJ SL1798-2018 de 16 de may. 2018, rad. 63988).

En otro giro, la ley exige total claridad y precisión sobre los pagos que no se involucrarían como factor salarial, así lo recordó la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL1798-2018 reiterada en la CSJ SL5159-2018, al señalar:

> *«[…] es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.*
>
> *Desde este punto de vista, el Tribunal también desacertó al extender el acuerdo a beneficios no incorporados expresamente en él, como en este caso son las bonificaciones, cuya incidencia salarial se reclama».*

En suma, la regla general consiste en que todo lo que recibe un trabajador por el desempeño de su actividad es salario, a menos que le sea suministrado para cumplir a cabalidad sus funciones, se trate de prestaciones sociales o de pagos ocasionales y/o por mera liberalidad del empleador. De igual forma, que es permitido el acuerdo de las partes para excluir de la liquidación de prestaciones, algunos pagos que pudiendo ser salario, no se involucraran como tales; eventualidad para la que debe imperar la claridad, precisión y detalle.

Descendiendo al caso que nos ocupa y como ya se refirió en el problema jurídico planteado con anterioridad, la sinopsis del caso se circunscribe a establecer si los denominados *«CUPOS DE BENEFICIOS»* y el *«BONO ANUAL»* son constitutivos de salario. Al respecto, se observa que a folios 26 - 31 del expediente, yace contrato de trabajo suscrito entre las partes, donde la «*CLÁUSULA ESPECIAL»* establece lo siguiente:

> *«CLAUSULA ESPECIAL. a) La empresa le entrega a EL EMPLEADO para su uso y beneficio un cheque RESTAURAN y/o CHEQUE CANASTA por día hábil del mes, con el cual este podrá adquirir su alimentación en los establecimientos afiliados al sistema SODEXHO PASS. b) Este beneficio (como bonos y/o como primas de productividad, premios por cumplimiento, reconocimientos de gastos de transporte y alimentación por extensión de la jordana laboral, y cualquier otro que se considere) habitual y extralegal, expresamente convienen las partes, no constituye salario en especie para ningún efecto laboral ni de liquidación de prestaciones sociales, de conformidad con el Articulo 15 de la ley 50/90».*

De igual manera, en los otros sí que fueron modificando el contrato de trabajo a lo largo de la relación laboral, se estipuló para el año 2006:

> *«**Cláusula Primera**: El Empleador reconocerá al EMPLEADO unos Beneficios denominados "Compensación Flexible", los cuales no constituyen salario por así acordarlo las partes de conformidad con los artículos 15 16 de la Ley 50 de 1.990, normas que subrogaron los Artículos 128 y 129 del C.S.T.*

Los Beneficios que a continuación se relacionan no constituyen salario, ni factor salarial o prestacional para efectos laboral, prestacional o indemnizatorio.

Los beneficios a reconocer son los siguientes:
a) Cheques Sodexho Canasta por la Suma de $ 32,000
b) Beneficio de alimentación en Efectivo $
c) Cheques Sodexho Restaurante por la Suma de $0
d) Cheques Sodexho Gasolina por la Suma de $ 0
e) Aporte del Empleador a Pensión por la Suma de $» (fl. 33).

«Consecuente con el compromiso establecido por nuestra compañía en su Visión Estratégica, de "Ser un Lugar de Trabajo Conveniente para nuestros Colaboradores" y de acuerdo al resultado de la encuesta salarial que trabajamos, los resultados de la compañía que todos conocemos y el desempeño que usted obtuvo su incremento salarial quedara así:

Salario Fijo 704,900
Remuneración No Salarial acorde con Otro Sí 32,000
Variable Mensual Acorde a Indicadores
Causación Bono Mensual 138.000
Beneficio de Alimentación 100.000» (año 2006 -fl.33).

Para el año 2007:

«Los beneficios a reconocer son los siguientes:
a) Cheques Sodexho Canasta por la Suma de $ 38.319
b) Beneficio de alimentación en Efectivo $ 0
c) Cheques Sodexho Restaurante por la Suma de $0
d) Cheques Sodexho Gasolina por la Suma de $ 0
e) Aporte del Empleador a Pensión por la Suma de $ 0
f) Aporte del Empleador a Cuentas AFC por la Suma de $ 0» (fl. 34).

«Salario Fijo 802.403
Remuneración No Salarial acorde con Otro Sí 38.319
Variable Mensual Acorde a Indicadores
Bono Mensual 155.531» (fl. 35)

Para el año 2008:

«Los Beneficios que a continuación se relacionan no constituyen salario, ni factor salarial o prestacional para efectos laboral, prestacional o indemnizatorio.

Auxilio de alimentación CHEQUE CANASTA: $ 41.002
Auxilio para vivienda y/o gastos de arrendamiento:
Auxilio para gastos de servicios públicos domiciliarios:
Aporte voluntario del EMPLEADOR a Pensión:
Aporte voluntario del EMPLEADOR a Cuentas AFC:» (fl. 39).

«Salario Fijo: $858.572
Remuneración No Salarial según otrosí: $41.002
Bono causación mensual: $166.418»

1. SALARIO BÁSICO: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios un salaria ordinario básico de la suma de $ 629,701 mensuales. Este salario rige a partir del 1 de noviembre de 2008.

2. MENÚ DE BENEFICIOS; A partir del día 1 de Noviembre de 2008, disfrutará del cupo mensual de beneficios, por la suma de $ 339,430, conformado por los siguientes conceptos no constitutivos de salario y destinados para satisfacer

necesidades del TRABAJADOR, conforme a la naturaleza propia de cada uno de ellos […]» (fls. 40 y 167).

Para el año 2009:

«PRIMERA: SISTEMA DE BENEFICIOS FLEXIBLES: El siguiente acuerdo es el fruto de una decisión libre y voluntaria del trabajador de querer acceder al sistema de BENEFICIOS FLEXIBLES que dispone el EMPLEADOR, el cual incluye como compensación mensual, un SALARIO BÁSICO más un MENU DE BENEFICIOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO; ello como resultado de la recomposición del ingreso actual, por razones de su propia conveniencia, así:
1. SALARIO BÁSICO: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación da sus servicios como Ejecutivo (a) servicio al cliente - Bogotá un salario ordinario básico de la suma de 680.077 $ mensuales.
2 BONO ANUAL: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por el cumplimiento de objetivos predefinidos un monto máximo correspondiendo a una causación mensual de 179.731 $. Este monto se pagará anualmente después de la evaluación del cumplimiento de los objetivos, de acuerdo a las políticas de la compañía. Este bono es una remuneración de naturaleza salarial.
3. MENU DE BENEFICIOS: A partir del día 1 de enero de 2009, disfrutará del cupo mensual de beneficios, por la suma de 355.815 $, conformado por los siguientes conceptos no constitutivos de salario y destinados para satisfacer necesidades del TRABAJADOR, conforme a la naturaleza propia de cada uno de ellos, así:
a. Beneficios ahorro pensional - Plan institucional:
Aporte voluntario pensión: 21.840 $
Aporte voluntario pensión P - Plus 24.267 $
Aporte voluntario pensión C - Plus 23.592 $
Aporte voluntario pensión IC - Plus 2.912 $

Los aportes voluntarios relacionados en este numeral serón reconocidos por el EMPLEADOR mientras el TRABAJADOR se encuentre cobijado bajo el sistema de BENEFICIOS FLEXIBLES.
b. Beneficio aporte adicional al plan institucional: 11.263 $
c. Beneficio aporte adicional a otros planes de pensión:
Aportes Voluntarios a Fondos de Pensiones: no aplica Seguro Privado de Pensión: no aplica
d. Beneficio para alimentación: no aplica
e. Beneficio para educación—Plan educativo: 260.717 $
f. Beneficios para Servicios Públicos: no aplica
g. Beneficios para vivienda: 20.857 $
h. Beneficio para salud:
Plan salud- no aplica
Póliza de Hospitalización y Cirugía: no aplica» (fl. 48)

Para el año 2010:

«1. SALARIO BÁSICO: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios un salario ordinario básico de la suma de $ 656.399 mensuales. Este salario rige a partir del 1 de Enero de 2010.
2. BONO ANUAL: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por el cumplimiento de objetivos predefinidos un monto máximo correspondiendo a una causación mensual de $184.045. Este monto se pagará anualmente después de la evaluación del cumplimiento de los objetivos, de acuerdo a las políticas de la compañía.
3. MENU DE BENEFICIOS: A partir del día 1 de enero de 2010, disfrutará del cupo mensual de beneficios, por la suma de $374.495, conformado por los siguientes conceptos no constitutivos de salario y destinados para satisfacer necesidades del TRABAJADOR, conforme a la naturaleza propia de cada uno de ellos, así:
a. Beneficios ahorro pensional - Plan institucional: $
Aporte voluntario pensión: $ 22.156

Aporte voluntario pensión P - Plus: $ 24.617
Aporte voluntario pensión C - Plus: $ 24.618
Aporte voluntario pensión IC - Plus: $ 2.954 […]» (fl. 51)

Para el año 2011:

«1. SALARIO BÁSICO: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios un salario ordinario básico de la suma de $724,255 mensuales. Este salario rige a partir del 1 de enero de 2011.

2. BONO ANUAL: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por el cumplimiento de objetivos predefinidos un monto máximo correspondiendo a una causación mensual de $191,407. Este monto se pagará anualmente después de la evaluación del cumplimiento de los objetivos, de acuerdo a las políticas de la compañía.
3. MENÚ DE BENEFICIOS: A partir del día 1 de enero de 2011, disfrutará del cupo mensual de beneficios, por la suma de $ 389,476, conformado por los siguientes conceptos no constitutivos de salario y destinados para satisfacer necesidades del TRABAJADOR, conforme a la naturaleza propia de cada uno de ellos, así:

a. Beneficios ahorro pensional - Plan institucional: $
Aporte voluntario pensión: $ 23,043
Aporte voluntario pensión P - Plus: $ 25,602
Aporte voluntario pensión c - Plus: $ 25,603
Aporte voluntario pensión IC - Plus: $ 3,072

Los aportes voluntarios relacionados en este numeral serán reconocidos por el EMPLEADOR mientras el TRABAJADOR se encuentre cobijado bajo el sistema de BENEFICIOS FLEXIBLES.
b. Beneficio aporte adicional al plan institucional $ 12,289
c. Beneficio aporte adicional a oíros planes de pensión:
Aportes Voluntarios a Fondos de Pensiones: $ 0 Seguro Privado de Pensión: $0
d. Beneficio para alimentación: $ 0
e. Beneficio para educación - Plan educativo: $ 0
f.Beneficios para Servicios Públicos: $ 277.653
g. Beneficios para vivienda: $ 22.212
h. Beneficio para salud:
Plan salud- $ 0» (fl. 54)

«A partir del 01 DE SEPTIEMBRE DE 2011 sus condiciones serán:

<u>REMUNERACION</u>:
Salario fijo $ 856 506
Variable $591.481
Bono anual (causación mensual) $ 144.732
No salarial de acuerdo a Otro Si $272.884
[…]

AUXILIOS y BENEFICIOS:
Seguro de vida - valor asegurado $9.847.590
Seguro funerario PLAN CORPORATIVO
Beneficio alimentación CHEQUE CANASTA $ 125.000
Beneficio mov. Efectivo $365.164
[..] (fl-57).

Para el año 2012:

«1. SALARIO BÁSICO: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios un salario ordinario básico de la suma de $685392 mensuales. Este salario rige a partir del 1 de Enero de 2012.

2. VARIABLE: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por el cumplimiento de indicadores predefinidos un monto sobre la base mensual de $617506
3. BONO ANUAL: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por el cumplimiento de objetivos predefinidos un monto máximo correspondiendo a una causación mensual de $151100. Este monto se pagara anualmente después de la evaluación del cumplimiento de los objetivos, de acuerdo a las políticas de la compañía.
2. MENÚ DE BENEFICIOS: A partir del día 1 de Enero de 2012, disfrutará del cupo mensual de beneficios, por la suma de $284891, conformado por los siguientes conceptos no constitutivos de salario y destinados para satisfacer necesidades del TRABAJADOR, conforme a la naturaleza propia de cada uno de ellos, así:[…]

SEGUNDA: MEDIOS DE TRANSPORTE: El EMPLEADOR otorgará un monto de dinero mensual representado en vales para cubrir gastos de mantenimiento y combustible mensualmente por la suma de $378675-pesos. Este valor se reconoce como herramienta de trabajo a título de medios de transporte, dada las necesidades de desplazamiento inherentes a las funciones propias del cargo que desempeña actualmente el TRABAJADOR. En virtud del artículo 128 del Código Sustantivo de trabajo dichos pagos no constituyen salario» (fls. 58-59).

Para el año 2013:

«PRIMERA: ASIGNACION SALARIAL BASICA (ASB): EL TRABAJADOR en desarrollo de sus funciones devengará un salario ordinario de $ 1.144.610,00, el cual remunera todos los servicios prestados por el TRABAJADOR y que será cubierto […]

SEGUNDA: BENEFICIOS NO SALARIALES (BENEFICIOS): B TRABAJADOR adicionalmente disfrutará de un cupo de BENEFICIOS (no salariales) por la suma máxima de $568.183,00, conformado por los conceptos que a continuación se indican:

AUXILIO MONETARIO DE VIVIENDA	*$482.875.00*
APORTE VOL INST. PLUS	*$85.308,00»*

En este sentido, sus condiciones de remuneración serán las siguientes:
Salario 100%: $1,627.484
Salario Básico: $1,139,238
Cupo de Beneficios: $488,246» (fls.62-63, 186-189).

Para el año 2014:

«Salario 100%: $ 1659058
Bono Anual: 9.5 %
Auxilio de Alimentación: $ 136000» (fl. 193).

Para el año 2015:

«Salario 100%: $1719779
Bono Anual; 9.5 %
Auxilio de Alimentación: $143000» (fl. 194)

Para el año 2016, el 01 de enero de ese año, se pactó lo siguiente:

«2. Que como contraprestación por sus servicios, EL TRABAJADOR devenga un salario fijo bruto mensual de UN MILLON SETESCIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA pesos m/cte. (COP 1.719.780), bajo la modalidad de salario ordinario/integral.

3. Que, en adición al salario devengado por El TRABAJADOR, EL EMPLEADOR le otorga al TRABAJADOR, mensualmente y por mera liberalidad, un auxilio extralegal de alimentación, no constitutivo de salario.
4. Que las Partes, de común acuerdo desean modificar este beneficio, para lo cual han decidido suscribir el presente Otrosí, el cual se regirá por las siguientes: […]
1.1. - Las Partes, de mutuo acuerdo y de manera libre y voluntaria, han decidido modificar el beneficio extralegal de alimentación otorgado al TRABAJADOR. De esta manera, las partes de común acuerdo han establecido que EL EMPLEADOR le reconocerá a EL TRABAJADOR, a partir del 01 /01/2016 un incremento del 5% de esto beneficio calculado sobre el salario fijo, el cual las partes expresamente convienen que no constituye salario para ningún efecto legal, por el acuerdo expreso al que han llegado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996:
a) Auxilio alimentación 2015 (143.000) + incremento Auxilio alimentación 2016 (228.989)
1.2. - En consideración a que el beneficio enunciado en el parágrafo anterior de la presente clausula lo reconoce EL EMPLEADOR a su discreción y por mera liberalidad […]»

«En este sentido, sus condiciones de remuneración serán las siguientes:
Salario 100%: $ 1.805.769
Bono: 9,5% de la remuneración fija anual» (Fls. 195 a 197).

Para el año 2017, se le comunicó que la remuneración quedaba así:

«Salario 100%: $2.257.211
Auxilio de Alimentación: $240.438
Bono: De acuerdo a políticas Compañía». (fl. 200).

Finalmente, para el año 2018, así:

«Salario Base: $ 1.760.624
Cupo de Beneficios: $948.028
Remuneración Total: $2.708.653
Auxilio de Alimentación: $ 252.459» (fl. 203).

Con base en lo expuesto, es claro que la aquí demandada ha tratado de desvirtuar la connotación de salario que pudiese llegar a tener tanto el *cupo de beneficios* como el Bono anual, precisando en todo caso que este último concepto, sí tenía tal connotación a partir del año 2008, pero fue eliminado con posterioridad en el año 2013 pasando a incluirse en el plan de comisiones. Para el primero de los mencionados beneficios, se argumenta que así se pactó de forma expresa con los otros sí suscritos con la demandante, sin que ello quiera decir que tales disposiciones deban ser avaladas como tal al presente asunto sin una previa ponderación probatoria que así lo determine, según lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias reseñadas en antelación.

Para el efecto y de conformidad con las reglas de la sana critica en los términos y con el alcance previsto en el artículo 61 del CPL, de las documentales que reposan dentro

del plenario, más exactamente las allegadas por ambas partes y que refieren a los desprendibles de nómina aportados a partir del mes de noviembre de 2015, se evidencia que a la demandante se le mantuvieron pagos constantes, salvo el concepto de *BONIFICACIÓN ANUAL*, así:

Concepto	Unidades	Base	Devengados
1 SUELDO	30 DIA	1.117.957 00	1.117.857 00
30 COMISIONES	0 UNI	999 046 00	999 046 00
260 BONIFICACIÓN ANUAL SALARIAL	1 UNI	1,720 477 00	1 720 477 00
1515 AUXILIO DE ALIMENTACION	1 UNI	143 000 00	143 000.00
2500 APORTE VOL INST. EMPLEADO	30 UNI	708 263 00	24.077.00
2505 APORTE VOL. INST. PLUS	30 UNI	708 263 00	106 300 00
2506 PLAN VIVIENDA AUX MONETARIO	30 UNI	708 263 00	601.923.00
3500 APORTE INST. EMPRESA	7 5 UNI	601 923 00	45 144 00

A su vez se evidencia como deducidos lo siguiente:

3008 RETE FUENTE METODO 2	12 %	3 192 464 75	0 00
3010 APORTE SALUD	4 %	3.637 400 00	153 500 00
3014 TARIFA MINIMA RETEFUENTE	30 UNI	4.412 424 00	5 900 00
3020 APORTE PENSION	4 %	3,837 400.00	153,500 00
3023 APORTE FONDO SOLIDARIDAD	1 %	3,637 400 00	38.400 00
3330 DESC AUXILIO ALIMENTACION	1 UNI	143 000 00	143,000 00
4225 LIBRANZA DAVIVIENDA	1 UNI	882 000 00	882,000 00
5011 FONSODEXO	0 UNI	120 000 00	120,000 00
5110 DESCUENTO CELULAR	1 UNI	20 000 00	20,000 00
6500 APORTE VOL INST. EMPLEADO	-30 UNI	708 263 00	24,077 00
6505 APORTE VOL INST PLUS	-30 UNI	708 263 00	106,300 00
7500 APORTE INST. EMPRESA	1 UNI	601 923 00	45,144 00

Para el año 2016 se acredita como pagos constantes lo siguiente:

Concepto	Unidades	Base	Devengados
1 SUELDO	30 DIA	1.173 750 00	1.173.750.00
5 RETROACTIVO SUELDO	17 DIA	33 125 00	31 673 00
30 COMISIONES	0 UNI	2.284 697 00	2 284 697 00
237 RETR. AUXILIO ALIMENTACION	1 DIA	85 969 00	85,969 00
336 RETRO. VACACIONES EN TIEMPO	13 DIA	1 863 10	24 220 00
1500 AUXILIO PARQUEADERO	1 UNI	100 000 00	100 000.00
1515 AUXILIO DE ALIMENTACION	1 UNI	228 969 00	228 969.00
2500 APORTE VOL INST. EMPLEADO	30 UNI	768 957 00	25,281.00
2505 APORTE VOL. INST. PLUS	30 UNI	768 957 00	111,657.00
2506 PLAN VIVIENDA AUX MONETARIO	30 UNI	768 957 00	632 019 00
2506 PLAN VIVIENDA AUX MONETARIO	1 UNI	38 914 00	38 914 00
3500 APORTE INST. EMPRESA	7 5 UNI	632 019 00	47 401 00

Como deducidos:

3008 RETE FUENTE METODO 2	0 %	3,219 519 50	0 00
3010 APORTE SALUD	4 %	3 514 300 00	140,600 00
3014 TARIFA MINIMA RETEFUENTE	30 UNI	3 351 217 50	0 00
3020 APORTE PENSION	4 %	3 514 300 00	140,600 00
3023 APORTE FONDO SOLIDARIDAD	1 %	3 514 300 00	35,100 00
3330 DESC AUXILIO ALIMENTACION	1 UNI	228 969 00	228,969.00
3330 DESC AUXILIO ALIMENTACION	1 UNI	85 969.00	85,969.00
4225 LIBRANZA DAVIVIENDA	1 UNI	882 000 00	882,000 00
5011 FONSODEXO	1 UNI	120 000 00	120 000 00
6500 APORTE VOL INST. EMPLEADO	-30 UNI	768 957 00	25,281 00
6505 APORTE VOL INST PLUS	-30 UNI	768 957 00	111,657 00
7500 APORTE INST. EMPRESA	1 UNI	632 019 00	47,401 00

Respecto al año 2017 se encuentra lo siguiente:

	Concepto	Cantidad	Base	Devengos	Deducciones
1	Sueldo	30,00 DIAS	1.467.187	1.467.187,00	
30	Comisiones			2.850.000,00	
2500	Aporte Institucional Empleado - Apv -	30,00	0.	31.601,00	
2501	Aporte Institucional Empresa - Apv -	30,00	0.	59.252,00	
2505	Aporte Voluntario Institucional Plus - Apv -	30,00	0.	139.671,00	
2529	Auxilio Monetario De Vivienda	30,00 DÍAS	780.024	780.024,00	
17012	Auxilio De Alimentacion	19,00 VALO	240.438	240.438,00	
3005	Retencion En La Fuente Art. 383	3,37 %	3.719.238,		125.000,00
3010	Aporte Salud - Eps - Sura	4,00 %	4.317.188		172.700,00
3020	Aporte Pension - Afp - Proteccion	4,00 %	4.317.188		172.700,00
3023	Aporte Fondo De Solidaridad Y Subsistencia -	1,00 %	4.317.188		43.200,00
4201	Libranza Banco - Banco Davivienda				882.000,00
6500	Deduccion Aporte Plan Institucional Empleado				31.601,00
6501	Deduccion Aporte Institucional Empresa - Apv				59.252,00
6505	Deduccion Aporte Voluntario Institucional Plus				139.671,00
17016	Desc Auxilio Alimentacion				240.438,00

Para el año 2018:

	Concepto	Cantidad	Base	Devengos	Deducciones
1	Sueldo	30,00 DIAS	1.780.824	1.780.824,00	
30	Comisiones			1.396.880,00	
2500	Aporte Institucional Empleado - Apv -	30,00	0.	37.921,00	
2501	Aporte Institucional Empresa - Apv -	30,00	0.	71.102,00	
2505	Aporte Voluntario Institucional Plus - Apv -	30,00	0.	167.485,00	
2529	Auxilio Monetario De Vivienda	30,00 DÍAS	948.029	948.029,00	
17012	Auxilio De Alimentacion	21,00 VALO	252.460	252.460,00	
3005	Retencion En La Fuente Art. 383	4,17 %	3.050.432		127.000,00
3010	Aporte Salud - Eps - Sura	4,00 %	3.150.254		126.000,00
3020	Aporte Pension - Afp - Proteccion	4,00 %	3.150.254		126.000,00
3023	Aporte Fondo De Solidaridad Y Subsistencia -	1,00 %	3.150.254		31.500,00
3035	Descuento Celular				146.098,00
4201	Libranza Banco - Banco Davivienda				882.000,00
6500	Deduccion Aporte Plan Institucional Empleado				37.921,00
6501	Deduccion Aporte Institucional Empresa - Apv				71.102,00
6505	Deduccion Aporte Voluntario Institucional Plus				167.485,00
17016	Desc Auxilio Alimentacion				252.460,00

Vale destacar que en las nóminas se observa un pago anual en los meses de octubre-noviembre, denominado *bonificación anual salarial*.

De otro lado se recaudaron los siguientes testimonios:

MARGARITA CASTRO OSORIO, quien manifestó haber laborado para la demandada 1 año y 8 meses como Directora Comercial, desde el 9 de enero del 2017 al 31 de agosto del 2018. Explicó en lo que interesa a esta instancia, que el bono anual siempre ha sido por connotación salarial por política mundial de la empresa, al menos cuando ella estuvo, que para ello se establecen unas metas cualitativas y otras cuantiabas que se miden durante un periodo de tiempo generalmente es el año fiscal y al final del año después de la evolución de gestión de cada persona se evalúa punto a punto cada una de ellas y sobre el puntaje se paga esa bonificación, la cual se pagaba sobre el salario mensual que la persona gane.

NELSON EDUARDO INSIGNARES MOLINA, liquidador de nómina de la accionada, desde mayo de 2015 hasta septiembre de 2020, indicó que no tenía conocimiento sobre los cupos beneficios, pues esa parte no la liquidada su área, pues él estuvo a cargo de los procesos de liquidación de las comisiones, así como lo relacionado con el bono anual, de definir si debido al cumplimiento de los

indicadores y objetivos los recursos comerciales tenían acceso o no a la liquidación del bono anual. Explicó que él recibió tal proceso para el periodo fiscal del 2016 y 2017, precisando que, a partir de ese año, momento hubo un cambio en las políticas de comisiones ordenándose que para algunos cargos quedó el bono, que antes era anual, se comenzaba a liquidar trimestral y en otros cargos comerciales quedo anual. Indicando que hasta donde recordaba, la demandante tenía un bono anual que se le liquidó a fin de año según sus cumplimientos e indicadores de cumplimientos de la política vigente en el 2016 - 2017. Luego, se les indicó que las áreas comerciales al recibir comisiones por ventas no podían recibir bono, de modo que, lo que hicieron para bajarle el sueldo a los empleados, reconvirtieron el bono en algo liquidable mensual y para cambiarle el nombre, convirtiéndolo en bonificación, de ahí que, para el periodo 2017 - 2018 la liquidación de comisiones se hizo con esa liquidación de bonificación aparte del bono se hizo con esa regla, convirtiéndolo de anual a mensual para no afectar el ingreso del empleado.

WILMA JOHANNA GÓMEZ, quien manifestó ser empleada de SODEXO desde el 6 de julio del 2011, como coordinadora de Recursos Humanos y actualmente como Directora de Gestión Humana, dijo conocer a la actora a través de SODEXO cuando ingresó a la compañía ella ya era empleada de SODEXO. Advirtió que conforme a las políticas de la empresa, en el área comercial donde laboró la demandante, hay un salario fijo más una flexibilización con un cupo de beneficios y también en el área comercial se maneja una compensación variable; que todas las personas del área comercial y en general todas la personas de la compañía, salvo excepciones tiene ese esquema salarial, indicando que ella, frente a ese tema, como responsable del tema de compensación anualmente revisaban esas políticas desde los lineamientos generales y de acuerdo a los resultados del país. Respecto al cupo de beneficio, señaló que la empresa lo que hace es incluir un auxilio monetario, que dicho cupo de beneficios es de escogencia libre de cada empleado, ofreciéndole varias opciones al empleado en el momento que ingresa a la compañía: 1° cupo de beneficio monetario que eso significa que pues se le entrega un dinero efectivo en la nómina; 2° el beneficio canasta, ellos mismos generan; 3° gasolina que puede escoger el empleado y 4° pensiones voluntarias, los cuales, reiteró son opcionales y se escogen de acuerdo a la predilección del empleado de acuerdo a sus necesidades. Que el auxilio de vivienda hacia parte del cupo de beneficios, sin que para tal beneficio se exigiera acreditación de compra de inmueble, señalando expresamente: *«no estamos solicitando nada, realmente es un auxilio en efectivo y que internamente lo denominamos con ese nombre, pero en realidad no señor no pedimos ningún soporte o acreditación no»*. Frente a la bonificación anual, sostuvo que, de acuerdo a la política de la Corporación, sacaron unos promedios por persona dividiéndolo en

12 y eso lo convirtieron en variable mensual, que no le quitaron el bono a la demandante, que lo que hicieron fue que pasaron de un pago que hacían de manera anual, a un pago de manera mensual con promedios. Agregó que, para la empresa, la parte fija se contaba el salario básico más un cupo de beneficios, lo cual se pagaba de manera mensual y para calcular el bono anual se tomaba el salario fijo, más el variable por comisiones.

ISAAC FRANCO TORRES, quien refirió haber trabajado en Sodexo desde septiembre 2017 hasta noviembre del 2018, siendo compañero de trabajo de la actora en departamentos adjuntos, él en Marketing Coordinador de Mercadeo y ella en el Área de Ventas, explicó que tenía un paquete de beneficio que era un bono salarial anual, aunque no sabía si la actora también lo devengaba. Aunque sabía todos manejaban un paquete de beneficio y un bono anual pero el detalle de lo que ganaba ella, no. Agregó que era un porcentaje cuantitativo que era adaptado al cumplimiento en su portafolio y otro era cualitativo, precisando, había un cumplimiento que se tomaba de manera general y otro de la labor realizada de manera individual, pero que no sabe si ese beneficio se mantuvo en algún momento o generó cambios, pues laboró por poco tiempo.

ADRIANA PATRICIA ALMANZA REYES, quien labora actualmente en SODEXO desde el año 1998, donde ha desempeñado varios cargos, como Ejecutivo Comercial, Herramientas Comerciales y Promocionales, Director de Incentivos y Reconocimientos, Gerente de la Categoría Beneficios para empleados, Gerente de Valor Agregado y *Merchans*, Gerente de Estrategias para Comercios Afiliados, Gerente Comercial y en este momento es Comercial para la Célula *Farmers* Ventas Corporativas; que si bien conoce a la actora por lo anterior, tuvo relación indirecta, directa no, pues nunca fue parte de su equipo. Explicó sobre el sobre el tema de los cupos de beneficio, bono y demás, que el cupo de beneficio que manejan con SODEXO no es de carácter salarial y eso se identifica en los otros sí que se manejan de cara a la compañía y al colaborador; que siempre que se hacen estas formalizaciones hay información de cara al empleado, que hay consultorías donde tienen la posibilidad de preguntar o de decir si no están de acuerdo con este tipo de manejo. Que dentro del manejo del esquema de compensación hoy en día es un pago de carácter no salarial. Que, en el tema del bono, no podía dar mayor información del tema, porque cuando ella cuando ingreso al equipo comercial, ya los ejecutivos comerciales no tenían bono. Pero lo que sí podía comentar es que las comisiones que los comerciales son 100% salario y depende de la productividad de la persona. Mencionó que tienen un beneficio de alimentación, una parrilla de beneficios en la cual, pueden escoger qué tipo de especificación quisiera tener, entonces por ejemplo

pueden tener un beneficio de vivienda, de educación, que es lo que recuerda que puede tener dentro de su parrilla de beneficios y la compañía pone a disposición esa parrilla de beneficios, firmándose un documento donde se manifiesta que no es constitutivo de salario y se explica cuáles son las implicaciones al no ser constitutivo de salario. Recordó que durante todos los años han tenido el beneficio de alimentación, que ellos al entregar eso a sus clientes, también Sodexo se lo entrega a sus colaboradores, principalmente para garantizar la alimentación diaria y que la persona no esté pensando en cómo alimentarse y no en ser productiva. Precisó que los bonos son completamente diferentes como se tenían en ese momento. Realmente el bono anual correspondía a los indicadores que se generaban en dos días, uno en el cumplimiento de indicadores de compañía, por ejemplo, si llegaban a la cifra de ventas-compañía si llegaban al nivel de rentabilidad, que tenían unos indicadores para todos, para el grupo, que eran generales; había un porcentaje también donde les median la gestión del año, pero esos bonos realmente se desaparecieron en algún momento, entendiendo que para el equipo comercial pasó a ser mensual, pero que en su caso preciso le afectó porque no estaba en esa función pero si tenía el componente general de medición general de compañía y un componente de indicador individual. Hoy día ese bono no existe. Reiteró que, cuando tiene su parrilla de beneficios, el auxilio de alimentación siempre va para todas las personas la compañía; los otros beneficios que se manejan dentro de la empresa dependen de cada persona, así se escoge el auxilio de vivienda, sabiendo claramente que no es un pago de carácter salarial y entiendo cuáles son las connotaciones que eso implica y se firma un documento con Sodexo donde doy autorización de que me lo paguen de esa manera. Que no recuerda qué requisitos se necesita acreditar para el auxilio de vivienda, ni tampoco recuerda si se pedían requisitos para acceder al mismo.

JULIAN FELIPE BRAVO MANCIPE, quien actualmente trabaja en Sodexo, desde el 2016 como Coordinador Comercial de Sector Gobierno, en el 2017 pasó a ser Coordinador Comercial de Gobierno y Cuentas Corporativas y en 2018 pasó a la Gerencia Jurídica que es el cargo en el que se desempeñó desde julio 2018 hasta la fecha. Explicó sobre los bonos y pagos de beneficios, sobre su naturaleza salarial, indicó que desde su inicio se pactan como salario la forma en la que esta reestructurada la remuneración de Sodexo es exactamente igual a como ellos lo venden a las demás empresas, siendo precisamente lo que le venden a las otras empresas la posibilidad de utilizar el artículo 128 del CST para darle un cupo flexible de beneficio que le permitan a las empresas aumentar la remuneración para los trabajadores, con unos beneficios de liquidez tanto para la empresa como para los trabajadores. Respecto al bono, aclaró que la compensación de los Comerciales si

bien es salarial, las comisiones son salariales, hay dos tipos de bonos, unos eran bonos que el empleador daba de mera liberalidad, que junto con los beneficios tenía la posibilidad de disponer de ellos o no y este paquete de beneficios es el que no es constitutivo de salarios y no remunera nada, más sino ese paquete de beneficios que el empleador diseñó con el trabajador; por otro lado, mencionó que la fuerza comercial durante 1 o 2 años manejaba un bono por comisiones, el cual tenía una connotación salarial, pero no fue eliminado, sino que simplemente se cambió el concepto y se incluyó en las comisiones que se comenzaron a pagar desde el 2016. Reiteró que el cupo de beneficios no es salarial, pues así lo sabe todo el mundo, que todas las personas de la empresa están bajo ese esquema y lo único que cambia es si tienen personas a cargo, Gerentes, directores quienes tienen otro tipo de bonos por resultados que son extralegales salarial, por los resultados de la empresa que, si le va bien, comparten ese bono. Explicó que dentro de esa parrilla de beneficios al final del ejercicio antes había un bono que se daba a veces sí y a veces no dependiendo de los resultados de la empresa, no del trabajador que era no constitutivo de salario, que estos beneficios cambian, no siempre son canasta, es una remuneración esporádica y esa es la única vez que menciona un bono que puede ser una vez al año o hay veces que pueden ser dos. Que tienen un esquema de comisiones donde el asesor por vender, más el monto que hayan definido contractualmente, esto siempre es salarial y así se ha pagado y así está el soporte en las cotizaciones se seguridad social. Que por unos años específicos había un pago al final del año fiscal que se llamaba bono anual, que era comisión, pero era parte de las comisiones de la política de comisiones, que aplicaba para esos años 2015-2016, pero a partir de 2016-2017, ese bono salarial en vez de pagarlo al final del año se empezó a pagar durante todos los meses con las comisiones.

CAMILA MONDRAGON HEREDIA, quien adujo haber trabajado 6 años en Sodexo desde 03 diciembre del año 2012 hasta el 31 de diciembre de 2018 como Ejecutiva de Cuentas Corporativas y también tiene un proceso judicial contra Sodexo y no tiene ningún tipo de relación con la actora, sólo fueron compañeras de trabajo. Explicó que tenían un salario básico más un esquema de comisiones, éste último, dependía de la labor que cada una hacía de acuerdo con los resultados, así era el esquema salarial. Que el salario estaba compuesto era un esquema de compensación flexible de 70-30, donde un 70% era un salario básico y un 30% era variable; y el esquema, la política de comisiones, al final era un bono que les daban al final del año, casi en noviembre les daban ese bono por cumplimiento también; pero entonces cada año o a veces cada dos años cambiaba esa política de comisiones a veces dependía de los resultados de acuerdo al número de ventas que tuvieran.

Anotó que, tenían un auxilio alimentación y de movilización, pero nosotros tenían que identificar y mostrar cuales eran los gastos de transporte que tenían que hacer, entonces mostraban todos los soportes de los gastos que habíamos hecho en temas de movilización y la empresa les reembolsaba ese dinero, tanto de gasolina como de transportes y en temas de alimentación también les daban bonos o tarjetas de SODEXO. Que ese 30% en el esquema de flexibilización de compensación salarial lo que se dejaba de recibir también lo daban en un fondo de pensiones voluntarias, por lo que se dejaba de percibir por cesantías, en vacaciones y en primas, y se lo consignaban para poder retirarlo; que en el tema de cesantías y primas se lo dejaban para poder retirar en junio y en diciembre, y el resto si se lo enviaban a un esquema para no poder retirarlo. Respecto a la forma de calcular y pagar el bono, señaló que, como el bono iba atado a la política de condiciones y esa política de condiciones variaba, se pagaba dependiendo de unas validaciones y unos valores que se le daban frente al tema de rendimiento, de acuerdo a las cuentas que le daban pero también de un análisis, donde se sentaba con su jefe y él decía cuál fue el relacionamiento que se tuvo tanto con el cliente, con los compañeros de trabajo, como con los resultados del trabajo, indicándole cuál era su resultado y de ahí se producía el bono. Luego les cambian la política y les dicen que no, que de acuerdo a los resultados iba a recibir un porcentaje, que esos bonos se pagaban en noviembre, luego cuando entró otro director y les pagan diferente el bono.

MARIA DEL PILAR MOLINA SIERRA, quien labora para la accionada desde el 01 de junio de 2016 en el cargo de Comercial *Hunter*, explicó en lo pertinente que en el momento en que los contratan hay se les informa que hay una parte que es salarial y otra que no, que tienen unos beneficios que no hacen parte de su salario. Respecto al bono indicó que cuando ella ingresó, la testigo, tenían derecho al mismo, cual era salarial y en el transcurso del tiempo cambiaron las condiciones comerciales y también aceptaron ese cambió, se eliminó el Bono y las comisiones que también dependen de la gestión que se haga como Comercial. Explicó que en el primer y segundo año, si le dieron un Bono y a partir de un cambio de año fiscal, que cree que fue en el 2018, les hicieron el cambio de las condiciones comerciales y ellas firmaron aceptando esos cambios donde ya no iban a ser los bonos, siendo eliminado, pues todo iba a estar en las comisiones. Añadió que la alimentación y el transporte no es salarial, que en transporte es un beneficio que les dan para ellas movilizarse como comerciales, pero no significaba que eso sea salarial.

DIANA LORENA SÁNCHEZ SANCHEZ, señaló haber laborado para la empresa demandada desde el 10 de febrero 2005 hasta el 24 de octubre del 2018, habiéndose desempeñado en el Área Comercial como Asistente, Ejecutiva, Directora

Comercial de la Zona Occidente y Costa Norte, luego a Bogotá en Zona Centro como Gerente Comercial y Gerente Nacional de Cuentas Nuevas, que conoció a la demandante desde que ingresó a la compañía y por haber sido su jefa inmediata desde abril de 2016 hasta la fecha de su retiro. Señaló que desde que ella ingresó a la Compañía se pagaba el bono anual, sobre un 70-30, 70% indicadores de objetivos cuantitativos, numero de cuentas, retenciones y el crecimiento por ventas nuevas y ventas cruzadas, así como una meta de comisiones; el 30% era cualitativo, que era relacionamiento con otras áreas y visitas. Aunado a ello, mencionó que, a las Ejecutivas Farmer como la actora, se les pagaba un salario básico y la compañía un porcentaje de flexibilización, un beneficio de alimentación, beneficio de movilización un pago no salarial de un bono se fue trasformando en diferentes momentos del tiempo que ella trabajó en la compañía.

Del anterior barrido probatorio, considera esta Corporación que no se comparte totalmente la tesis planteada por el a quo en torno a lo percibido por concepto de cupos de beneficios, entre ellos el denominado «*auxilio monetario de vivienda*» o auxilio de vivienda, pues la tesis sostenida en cuanto a que ésta no era retributiva del servicio, por haberlo así lo pactado expresamente las partes a través de los otros sí, lo cual es una aseveración que resulta contraria a la diafanidad que ofrecen los medios de convicción aportados al plenario en cuanto a que lo que en realidad pretendió de manera sistemática la demandada era mantener un margen como no salarial de lo pagado que para los años 2015 a 2017 por ejemplo, ascendía a un 40,38% de la retribución básica y para el año 2018 alcanzó a ser el 43,27%, y nótese además que conforme al precedente que ha decantado el Tribunal de cierre de esta especialidad, otro aspecto indicador de que en realidad se trata de un pago salarial estriba en que además de periódicos, eran uniformes, es decir, la misma cantidad en cada mensualidad, y en sentir de la Sala, el hecho que siempre fuere cancelado es un indicio de que tal emolumento constituía salario pues no representaba un premio o bonificación por mera liberalidad de la empleadora, por el contrario, con las versiones que se vertieron al proceso tanto de la parte actora como los traídos por la accionada, quedó en evidencia que se conminaba a los trabajadores a escoger dentro de una gama de beneficios con el único propósito de distribuir intencionalmente la remuneración en un el referido porcentaje como no constitutivo de salario.

Acorde con la línea jurisprudencial previamente expuesta y el contraste con lo probado aquí, resulta evidente que, específicamente el denominado auxilio de vivienda percibido como adicional por la actora era retributivo de la prestación del servicio, toda vez que reúne las siguientes características: (i) se percibía de manera periódica (mensualmente), (ii) era uniforme, es decir, no variaba su monto; y (iii)

era retributivo del servicio, pues no se evidencia una mera liberalidad por parte de la empleadora, por el contrario, si se encuentra un claro propósito encubierto de disminuir más de un 40% el importe constitutivo de salario, inclusive, la misma entidad accionada según comunicaciones obrantes de folios 194, 197 y 200 le informa a la actora que el 100% de su salario ascendía para los años 2014, 2015, 2016, 2017 a $1.659.058, $1.805.769, $2.257.211 respectivamente y para el 2018 a la suma de $1.805.769, los cuales una vez deconstruidos con las nóminas de pago de ese año -fls. 216 a 229, se tiene que el salario básico ascendía por ejemplo en ese último año a $1.173.750 y el auxilio monetario de vivienda a $632.019, que sumados arrojaban el mencionado valor, aspecto que también su pudo verificar en la prueba testimonial, por ejemplo de la señora WILMA JOHANNA GÓMEZ, tras precisar que para la empresa, la parte fija se contaba el salario básico más un cupo de beneficios y tal auxilio hacía parte de los mismo, , sin que para hacerse acreedor se exigiera acreditación de compra de inmueble, ratificándose con ello, lo expuesto en relación con la connotación de salario, por lo que resulta una antinomia concluir que no era retributivo del servicio prestado por la trabajadora, máxime que el mismo art. 127 del CST, le ha dado a la remuneración fija y ordinaria el carácter de salario, cualquiera que sea la denominación que le den las partes, sin perjuicio de dejar sentado que, en estos eventos, la ineficacia de las cláusulas contractuales que desconozcan el carácter salarial del equivalente en sumas dinerarias de conceptos que si retribuyen el servicio del trabajador y se reciben para su propio beneficio es de pleno derecho, también resulta reprochable la aceptación por parte de sus destinatarios del beneficio indirecto de estos conceptos y valores durante el tiempo de la relación laboral.

En ese sentido, conforme la mencionada norma, la actora recibió una suma de dinero como auxilio de vivienda por mera liberalidad mensualmente, y que a la vez, en el contrato de trabajo, estaba acordado y convenido una cláusula de exclusión como factor salarial, exclusión que conforme a las normas traídas a colación, carece de validez, por cuanto resulta evidente que fue para el beneficio del trabajador y por ende enriqueció su patrimonio, y contrario a lo que arguye la demandada respecto a que ello se puede pactar de esa manera conforme a una jurisprudencia que cita, ha de indicársele que es errónea la interpretación que se hace de dicho precedente, pues por el contrario, como se pudo ver, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en su doctrina ha sido enfática en que solo se puede excluir como factor salarial la suma habitual que no sea para enriquecer el patrimonio del trabajador y que sirva para desempeñar cabalmente sus funciones, y en este caso se probó que fue para retribuir su servicio, por lo que fue la parte demandada la que no demostró que ese bono otorgado al trabajador fuere por mera liberalidad para

que este pudiera desempeñar cabalmente sus funciones, como si lo hizo con los otros auxilios que se pagaron por concepto de auxilio de alimentación o de transporte, dado que por ejemplo, las nóminas precisan que auxilio de alimentación aparecía como devengado, también era deducido, lo cual encuentra razón en lo dicho en los testimonios donde se indica que se le entregaban los mismos bonos que comercializaban para tal beneficio, lo cual también quedó expresamente indicado en la cláusula especial de exclusión salarial, y para el caso del transporte la misma actora confesó que sí debían movilizarse para cumplir con su labor de modo que recibían lo relativo a gasolina y similares, así también se pudo extraer del testimonio de CAMILA MONDRAGÓN; así como también lo informan las nóminas de pago en tanto los aportes por plan institucional, empleado-empresa y aporte voluntario, en sí, no entraban al patrimonio de la demandante pues así como aparecían devengados también se hacía la deducción por el mismo valor. Es por lo que resulta evidente que esos otros auxilios tenían como destinación dichos menesteres, lo que permite colegir que estaba disfrazando la retribución del servicio de manera formal con una cláusula parcialmente ineficaz, motivo suficiente para revocar parcialmente la decisión de primer grado que llegó a distinta conclusión, en el sentido de que tal emolumento -auxilio de vivienda-, no constituía salario.

Así las cosas, considera la Sala que únicamente es procedente incluir como factor salarial y acceder al reajuste deprecado, lo relativo al auxilio monetario de vivienda. No se consideran salarios los demás emolumentos del denominado cupo de beneficios, igual ocurre con el llamado «Bono anual», toda vez que este mismo, a partir del año 2008 sí tenía incidencia salarial, pues así lo conciliaron las partes según acta de celebrada ante el Ministerio de la Protección Social -Dirección Territorial de Cundinamarca (fls. 42 a 44), aspecto que también se ratificó con la prueba testimonial, siendo el único motivo de discrepancia de la actora el hecho de que dicha bonificación anual fue remplazada por una bonificación mensual para el año 2018, pero que sí tenía la connotación salarial por lo menos desde el año 2008. Por manera que, este aspecto de la sentencia será confirmado, pues a la actora se le cancelaron sus prestaciones sociales teniendo en cuenta este factor.

Ahora bien, en lo que respecta al punto relativo a la nivelación salarial en torno a que deben reliquidarse las comisiones para nivelar el salario, en tanto que aquellas tenían incidencia en el salario, al respecto, estima la Sala que no tiene vocación de prosperar tal pedimento puesto que si bien la prueba testimonial indica que las comisiones sí tenían incidencia en el salario, no es menos cierto que al plenario no se aportó medio de prueba alguno que indique la forma en que la empresa calculaba tales factores, qué formula utilizaba, cuál era el porcentaje real de las comisiones

sobre el salario o viceversa, sumado que obviamente, las comisiones se devengaban de forma individual respecto al trabajo realizado por cada trabajadora, de modo que, no le es dale a la Sala realizar en este aparte, cálculos o suposiciones que terminarían siendo meras especulaciones para determinar una eventual reliquidación de las comisiones, que en todo caso, tampoco se verifica en el proceso cómo se obtenían de forma específica. Por lo que, debe confirmarse la nivelación otorgada por el a quo respecto al salario básico devengado por la señora MARÍA DEL PILAR MOLINA y que no es objeto de alzada, precisando que, a ese salario recalculado se le sumará lo atinente al auxilio de vivienda.

Y, para determinar desde cuando se hacen exigibles los reajustes deprecados, tanto por la nivelación salarial concedida en primera instancia, así como los reajustes por concepto de cupos de beneficios, debe analizarse la excepción de prescripción y para ese efecto se tiene que a la luz de los artículos 488 y 489 del CST, en armonía con el artículo 151 del CPTSS, al haber reclamado la demandante el día 26 de octubre de 2018 lo relacionado con *«el pago de la diferencia salarial ocasionada desde el ingreso de la señora Pilar Molina, momento en el cual se presenta la diferencia»* (fls. 86 a 88), y tras haberse presentado la demanda el día 03 de septiembre de 2019 (fl. 101) tal derecho no se vio afectado por el fenómeno prescriptivo, toda vez que la nivelación salarial se dio por todo el año 2017 y lo laborado en el 2018, advirtiéndole al recurrente por activa que si bien podía extenderse eventualmente tal derecho hasta el 2016, como lo pide en la alzada, no es menos cierto que el a quo encontró que la discriminación salarial se dio a partir del año 2017, aspecto no discutido por la parte actora, pero en todo caso, al plenario únicamente se aportaron elementos probatorios que dan cuenta de lo que devengó la señora para los años 2017 y 2018, de modo que se hace imposible determinar el monto de la diferencia, pese a que la señora MARIA DEL PILAR MOLINA SIERRA laboró a partir de junio de 2016. Se confirmará en tal medida lo dispuesto en primer grado.

Ahora, con relación al reajuste salarial acá dilucidado, vale mencionar que en la aludida reclamación efectuada, la demandante nada dijo respecto de los cupos de beneficios, sólo reclamó lo atinente al bono anual, las comisiones y como ya se dijo, la nivelación salarial. De tal modo que, se debe contabilizar el reajuste tres años hacía atrás, desde la presentación de demanda, esto es, a partir del 03 de septiembre de 2016, salvo lo relativo a las cesantías como quiera que su exigibilidad corresponde a la fecha de terminación del contrato y en este aparte, se concederá el reajuste desde el año 2015 por encontrarse acreditado el pago del auxilio de vivienda en las respectivas nóminas.

Así las cosas, teniendo en cuenta que será revocada la decisión de primera instancia en torno al reajuste relativo al cupo de beneficios, pero se mantendrá en lo atinente a la nivelación salarial, se hace necesario reliquidar las prestaciones determinadas por la primera instancia. Así pues, sobre ese puntual aspecto se estableció que en el salario básico para el año 2017 se calculó una diferencia de $560.313 y para el año 2018 de $370.824, montos que no fueron objeto de alzada por la parte actora. En ese sentido, para esos precisos años se ha de tener en cuenta el valor del auxilio monetario de vivienda para el año 2017 en $790.024, para el año 2018 en $948.029 y para los años 2015 y 2016, como no pudo verificarse lo devengado por la señora MARIA DEL PILAR MOLINA SIERRA se toma solamente el auxilio de vivienda.

En ese orden de ideas, se efectuarán los cálculos del caso respecto al reajuste de las prestaciones sociales por concepto del cupo de beneficios -auxilio de vivienda-, así:

2015

CESANTIAS		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor cesantías**
360	$ 601.923	$ 601.923

VACACIONES		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor Vacaciones**
360	$ 601.923	$ 300.962

2016

CESANTIAS		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor cesantías**
360	$ 632.019	$ 632.019

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Intereses. Ces**
118	$ 632.019	$ 24.859

VACACIONES		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor Vacaciones**
360	$ 632.019	$ 316.010

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor Prima**
118	$ 632.019	$ 207.162

2017

CESANTIAS		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor cesantías**
360	$ 790.024	$ 790.024

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Intereses. Ces**
360	$ 790.024	$ 94.803

VACACIONES		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor Vacaciones**
360	$ 790.024	$ 395.012

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor Prima**
360	$ 790.024	$ 790.024

2018

CESANTIAS		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor cesantías**
320	$ 948.029	$ 842.692

VACACIONES		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor Vacaciones**
320	$ 948.029	$ 421.346

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Intereses. Ces**
320	$ 948.029	$ 101.123

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	**Diferencia salarial**	**Valor Prima**
320	$ 948.029	$ 842.692

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO		
DIAS	**Diferencia salarial 2018**	**Total, diferencia sanción**
195	$948.029	$6.162.189

RESUMEN DEL CÁLCULO POR DIFERENCIAS	
CESANTIAS	$2.866.658
INTERESES A LAS CESANTÍAS	$220.785
PRIMA DE SERVICIOS	$1.839.878
VACACIONES	$ 1.433.329
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO	$6.162.189
TOTAL	***$12.522.840***

De lo anterior se concluye que se adeuda por diferencias en las prestaciones y acreencias laborales, la suma de $12.522.840, razón por la cual se revocará la decisión en este puntual aspecto. Aunado a lo anterior, deberá modificarse el ordinal tercero de la decisión de primer grado en torno a establecer que, por el pago de la diferencia con destino al sistema de seguridad social en pensiones, para los años 2015 a 2018, debe tomarse como ingreso base de cotización las siguientes diferencias: 2015 $601.923, 2016 $632019, 2017 $1.350.637 y para el año 2018 en la suma de $1.318.853.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA (Art. 65 CST)

Finalmente, en lo que refiere a esta sanción, como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, la indemnización moratoria pedida, tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de

modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Al respecto, esta Sala evidencia que no se logró desvirtuar la presunción de buena fe de la accionada, toda vez que canceló en desarrollo del contrato la totalidad las prestaciones que se fueron causando, así como a la finalización del contrato, el valor resultante de la liquidación del contrato de trabajo (fl. 97-99). Además, es preciso aclarar que los conceptos que han de ser pagados por la accionada son producto de la reliquidación hasta aquí efectuada, lo que confirma que no son valores que estuvieran a cargo de la demandada y que deliberadamente y sin justificación alguna haya dejado de cancelar, conducta que es la censurada con las sanciones aquí estudiadas. En consecuencia, se torna improcedente la condena por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 CST.

En conclusión, encuentra esta Corporación que la decisión adoptada por el Juez A quo, en lo atinente al auxilio monetario de vivienda, habrá de ser revocada para en su lugar condenar al pago de la reliquidación de prestaciones sociales y acreencias de la demandante. En todo lo demás se confirmará la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, **para en su lugar DECLARAR** que el denominado pago por concepto de auxilio monetario de vivienda incluido en el *«cupo de beneficios»* constituye salario, en consecuencia, se **condena** a la demandada SODEXO SERVICIOS DE BENEFICIOS E INCENTIVOS COLOMBIA S.A. a pagar a la demandante ECLY JOHANNA DÍAZ BARRIGA, por concepto de reliquidación de los siguientes conceptos:

CESANTIAS	$2.866.658
INTERESES A LAS CESANTÍAS	$220.785
PRIMA DE SERVICIOS	$1.839.878
VACACIONES	$ 1.433.329
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO	$6.162.189
TOTAL	***$12.522.840***

Lo anterior, según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia recurrida, en el sentido de precisar que, por el pago de la diferencia con destino al sistema de seguridad social en pensiones, para los años 2015 a 2018, debe tomarse como ingreso base de cotización las siguientes diferencias: 2015 $601.923, 2016 $632019, 2017 $1.350.637 y para el año 2018 en la suma de $1.318.853, según lo expuesto en precedencia,

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de acuerdo con las consideraciones expuestas en precedencia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GLORIA BECERRA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - Y OTROS. Rad. 110013105-016-2019-00014-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte accionada AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **GLORIA BECERRA,** promovió demanda ordinaria laboral, en la que pretende que se declare la nulidad e ineficacia de su traslado del Régimen Prima Media con Prestación Definida –RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, traslado realizado a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías AFP COLFONDOS S.A., asimismo, se ordene a COLFONDOS S.A. que proceda con el reporte de dicha novedad al sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones, quedando válidamente asignada a COLPENSIONES, como única entidad encargada de administrar sus recursos pensionales. Se ordene a COLFONDOS S.A. que proceda a trasladar todos los saldos, tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión.

capital acumulado, monto de los aportes. cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte. junto con sus rendimientos frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con sus rendimientos que se hubieran causado a la COLPENSIONES. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES a afiliar y a recibir todos los aportes girados por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías que hacen parte de todos y cada uno sus aportes sufragados. Finalmente, se ordene condenar a las demandadas a pagar costas, gastos, expensas y agendas en derecho, así como lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 15 de marzo de 1967. Precisó que a la presentación de esta demanda acredita en la historia laboral un total de 1.484 semanas al mes de julio de 2018. Expresó que ingresó a laborar con diferentes empleadores del sector privado de forma continua y discontinua desde el día 26 de octubre de 1988 hasta la fecha. Mencionó que, según la historia laboral expedida por COLPENSIONES, aparece vinculada al RPMPD a través del Instituto de Seguros Sociales –ISS desde 26 de octubre de 1988, hasta el 30 de septiembre de 1996. También informó que según la historia laboral expedida por COLPENSIONES aparece vinculada al RPMPD cotizando para los riesgos de invalidez. vejez y muerte. Asimismo, adujo que, según la historia laboral expedida por COLPENSIONES, aparece cotizando a pensión a partir 26 de octubre de 1988 como empleador SOMES. En igual sentido manifestó que en la historia laboral expedida por la AFP COLFONDOS S.A. se precisó que aparece vinculada con la AFP PROTECCIÓN S.A. desde diciembre de 1994 hasta septiembre de 2000, posteriormente aparece movilizada con la AFP COLFONDOS a partir de septiembre de 2000. Adujo que aparece vinculada con los formularios de vinculación o traslado de fecha de solicitud 30 de octubre de 2000, con la AFP PORVENIR S.A. No.20494924, con AFP SKANDIA No.7478557 y con la AFP. HORIZONTE No.7478556, con la AFP PROTECCIÓN No.7504924, este último de fecha de solicitud 21 de septiembre de 2000 sin firmas y sin indicar la ciudad. Mencionó que en el formulario de vinculación de la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. no contiene información sobre las implicaciones que conlleva dejar el régimen anterior administrado el ISS y las posibles consecuencias futuras. En suma, añadió que la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. a través del formulario de vinculación, no le brindó una información sobre en qué condiciones le sería reconocido su derecho pensional, pues el formulario de afiliación no tuvo información clara entendible y específica sobre el régimen de transición al momento del traslado, ni dándole a conocer las garantías o

ventajas de la posibilidad de regresar por la permanencia en el sistema. (fls. 55 a 70 y 122).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

El **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS –PROTECCION-,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, solicitando se absuelva de las mismas; argumentó para tal fin, que previo a realizar cualquier afiliación, los consultores de PROTECCIÓN S.A., suministran explicación veraz, completa y personalizada respecto de las consecuencias legales y económicas, las ventajas y desventajas que conllevaba el cambio de régimen pensional, así las cosas, el demandante de manera libre y voluntaria suscribió la solicitud de vinculación a la AFP, en la cuales no obra constancia de situación anómala o constreñimiento y mencionó que tampoco se evidencia en el libelo gestor que la demandante logre demostrar que se indujo en vicios del consentimiento al momento de realizar la afiliación. Formuló como excepciones de mérito las de «Inexistencia de capital acumulado en la cuenta del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A», «Declaración de manera libre y espontanea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP», «Buena fe por parte de AFP Protección S.A», «Inexistencia de perjuicios», «Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «prescripción» y «excepción genérica» (fls. 144 a 157).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a su vez, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra al considerar que según historia laboral emitida por la entidad, el demandante inicio su vida laboral el día 26 de octubre de 1988, sin embargo, realizó cotizaciones efectivamente a esta entidad hasta el 31 de diciembre de 1994, ya que los valores consignados por error en el año 1996 fueron devueltos al RAIS, por estar vinculada a dicho régimen. Indicó que el traslado realizado por la señora GLORIA BECERRA se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, de manera que la entidad ha obrado de buena fe dando estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no ha debido ser llamada a juicio. Como excepciones de fondo propuso las de: «Prescripción y caducidad», «Inexistencia de la obligación», «Presunción

de legalidad de los actos administrativos», «Buena fe» e «Innominada o genérica» (fls. 192 a 206).

A su turno la **AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS** se opuso a la declaratoria de la ineficacia del traslado, toda vez que consideró que la asesoría que recibió la demandante fue integra y transparente. Agregó que los funcionarios de COLFONDOS S.A., son permanentemente capacitados a fin de que, al momento de la afiliación puedan suministrar toda la información y asesoría completa y necesaria a sus clientes en relación con los productos y servicios prestados, igualmente añadió que, la asesoría ofrecida a la demandante contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, dicha asesoría contempló la posibilidad de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, el derecho al bono pensional, entre otras ventajas. Así entonces, informó que la entidad si brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. En cuanto a la pretensión de nulidad, argumentó que dicha pretensión carece de fundamento jurídico y asidero fáctico, pues en primer lugar no se vislumbran elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al RAIS con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso como excepciones de fondo las de: «Inexistencia de la obligación», «Falta de legitimación en la causa por pasiva», «Buena fe», «Innominada o genérica», «Ausencia de vicios del consentimiento», «Validez de la afiliación al Régimen e Ahorro Individual con Solidaridad», «Ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.», «Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «Compensación y pago» (fls. 158 a 184 y 209).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 16 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, ordenó a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la trasferencia. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. Condenó en costas a las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que existe amplia jurisprudencia acerca del fenómeno del deber de información y la ineficacia del traslado, precisando que el primer elemento probatorio que debe analizarse es el formulario de afiliación y en el presente caso no fue aportado en el momento procesal oportuno por la AFP. PROTECCION S.A., ello, en razón al principio de la carga de la prueba, el cual establece que quien tiene la posibilidad de aportar el mismo debe realizarlo en la oportunidad pertinente. A su vez, manifestó que el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 fijó los requisitos para ser eficaz el traslado de Régimen pensional por primera vez del RPMPD al RAIS, entre ellos se estipula que se deberá presentar a la entidad Administradora comunicación escrita en la que conste que la selección a dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Agregó que mediante Decreto 692 de 2004 se señaló los lineamientos de selección y vinculación al Régimen pensional correspondiendo formalizar tales requisitos por medio de un formulario de afiliación el cual debe expresar la voluntad del afiliado. En ese sentido, concluyó que al existir tal requisito primordial en la vinculación debía declararse la ineficacia del traslado de régimen.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de COLFONDOS S.A., apeló la decisión respecto a la condena por gastos de administración y de seguro provisional, argumentando que resulta improcedente la devolución de gastos de administración por parte de la entidad, ya que esta orden va en contra de una norma superior, refiriéndose a la Ley 100 de 1993, la cual dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Asimismo, mencionó que la

consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, y por ende debe entenderse que el contrato de afiliación nunca existió y en consecuencia COLFONDOS nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, no causándose rendimientos ni tampoco debiéndose cobrar una comisión de administración.

La apoderada judicial de COLPENSIONES, a su vez, apeló la decisión parcialmente contra la sentencia proferida, solicitando que se adicione a la sentencia, en el sentido de que no solo a COLFONDOS sino también a PROTECCION S.A. debe impartirse la orden de devolución de los aportes realizados por la demandante, especialmente respecto de la devolución de los gastos de administración y comisiones descontadas durante el tiempo en que la misma estuvo afiliada a dicho fondo, teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que debe hacerse la devolución de todos los aportes realizados por la demandante dentro del RAIS. Finalmente, consideró que las costas condenadas a su nombre deben revocarse, toda vez que para la época el ISS no hizo parte del negocio jurídico celebrado entre la accionante y PROTECCION S.A.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia. La parte actora, solicitó se confirme la decisión, mientras que las accionadas COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A. guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 03 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 15 de marzo de 1967, por lo que cumpliría 57 años el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su retorno, traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigida a COLPENSIONES el 25 de octubre de 2018 (Fl. 17), es decir, cuando

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía aproximadamente 212,59 semanas cotizadas al ISS (Fl. 04 y 199) por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según la certificación emitida por la AFP PROTECCIÓN obrante a folio 153, así como la información registrada en el SIAFP de ASOFONDOS (fl. 157), acaeció el 29 de noviembre de 1.994, sin que observe la Corporación la prueba del hecho o acto jurídico de afiliación primigenio que evidencie las situaciones y/o condiciones iniciales en las que supuestamente el aquí demandante manifestó su libre y espontánea voluntariedad de traslado.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma

creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado AFP PROTECCION S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, pues la AFP demandada no demostró siquiera el acto de afiliación, con lo cual puede concluir esta Corporación que no se logró demostrar la suscripción del formulario de afiliación del actor al RAIS; circunstancia por lo cual, al no existir una prueba fehaciente que enrostre el procedimiento con el cual se trasladó de régimen pensional la demandante, más exactamente su formulario de afiliación, es por lo que atendiendo lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dentro del presente asunto no hay prueba si quiera sumaria que advierta que el traslado que ostenta el actor en la actualidad como afiliada al RAIS lo haya efectuado en forma libre y voluntaria según lo dispuesto en la norma, aspecto que también conlleva a que no se dé aplicabilidad a lo regulado en el literal e) del mentado artículo 13 de la Ley 100, el cual fue modificado por el artículo 2º de la

Ley 797 de 2003 y que refiere a la escogencia del régimen de la preferencia de la afiliada.

De este modo, es claro que no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, siendo carga probatoria de la parte demandada verificar el suministro oportuno, claro y preciso de esta, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, en gracia de la discusión, si se hubiera aportado el acto de afiliación a PROTECCION S.A., a efecto de zanjar cualquier duda, éste no constituiría en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PROTECCION S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCION S.A. omitió no sólo aportar el documento contentivo del acto de afiliación sino que, tampoco demostró que al momento del traslado de régimen (29 de noviembre de 1999), hubiese cumplido con el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-

2020). En sentido, estima la Sala que debe adicionarse la decisión en los términos solicitados por COLPENSIONES y ordenarse la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros causados y deducidos durante su permanencia en la AFP PROTECCIÓN.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que la parte actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido las AFP, incluida COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas.

En ese sentido, se **adicionará** igualmente la decisión de primer grado, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** los gastos de administración que le hubieren sido cobrados a la demandante y el valor pagado por concepto de seguros previsionales durante el tiempo que estuvo afiliada la actora en dicho fondo de pensiones**.** Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

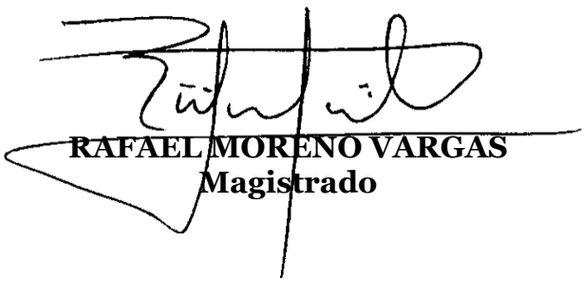
RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CELINDA BERNAL NEIRA Y OTRO contra ANA MARÍA RODRIGUEZ SANCHEZ. Rad. 110013105-037-2019-00696-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, el día 24 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

Las señoras **CELINDA BERNAL NEIRA y DIANA ASTRID IBARRA GOMEZ,** instauraron demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la señora ANA MARÍA RODRIGUEZ SANCHEZ, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, el cual fue incumplido por la accionada, en consecuencia, se condene al pago de $34.456.990, junto con los intereses moratorios desde el 05 de abril de 2019. Finalmente se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicaron que el 14 de agosto de 2017 celebraron contrato de prestación de servicios profesionales con la señora ANA MARÍA RODRIGUEZ SANCHEZ, con el objeto de adelantar las gestiones pertinentes para lograr el reconocimiento y pago de la indemnización por los daños ocasionados a un inmueble de la misma, con ocasión de la construcción adelantada en un predio contiguo, pactando una remuneración del 5% del valor reconocido por la aseguradora. Señalaron que

conforme con el contrato suscrito, llevaron a cabo los trámites correspondientes para afectar la póliza de responsabilidad civil extra contractual, iniciando con un derecho de petición ante el constructor para obtener la copia de la póliza, al cabo de lo cual, el 15 de diciembre de 2017 elevaron derecho de petición ante HDI SEGUROS, la entidad aseguradora del predio en construcción. Explicaron que, tras radicar la petición ante la aseguradora, mediaron en el trámite del peritaje dispuesto por la entidad, siguiendo cada instrucción por parte de la misma y allegando toda la documental solicitada. Expresaron que ante la respuesta negativa por parte de HDI SEGUROS, radicaron recurso de reconsideración el día 25 de mayo de 2018, momento desde el cual, asistieron a varias reuniones con los funcionarios de la entidad hasta lograr un acuerdo sobre la indemnización a favor de la accionada, en consecuencia, el 08 de octubre de 2018 suscribieron contrato de transacción, en el cual la aseguradora se obligó a pagar a la señora ANA MARÍA RODRIGUEZ SANCHEZ, la suma de $689.139.811, por concepto de reclamación de indemnización. Argumentaron que el pago de dicho emolumento tuvo varios percances, por lo cual estuvieron en contacto constante con los funcionarios de la aseguradora, empero, el 09 de noviembre de 2019, la analista encargada del caso, MARÍA JOSE MARTINEZ les comunicó que la demandada había ordenado no darles más información porque había revocado el poder conferido. Finalmente, manifestaron que enviaron cuenta de cobro a la accionada, el día 04 de abril de 2019, no obstante, no han recibido el pago por sus servicios (fls. 2 a 17).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ANA MARÍA RODRIGUEZ SANCHEZ dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que las demandantes incumplieron sus obligaciones de actuar con diligencia y atender oportunamente el trámite del proceso, causando una justa causa para dar por terminado el contrato. Arguyó que cumplió con todas las obligaciones a su cargo y que los honorarios no se causaron, por cuanto HDI SEGUROS nunca cumplió el contrato de transacción firmado el 08 de octubre de 2018. Aseveró que las gestiones adelantadas por las demandantes fueron cubiertas por los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, pagado al momento de conferir el poder. Explicó que, pese a haber firmado un contrato de transacción con HDI SEGUROS, aquel nunca se cumplió porque para el perfeccionamiento del mismo, se requería la firma del representante legal de la sociedad Inversiones Casas Santa Bárbara, no obstante, las demandantes le aconsejaron firmar tal documento y no realizaron las gestiones debidas para cumplir con tal requisito. En ese orden, concluyó que no se causó el derecho al pago de los honorarios, por cuanto el contrato estableció que los mismos serían cancelados siempre que se produjera el pago de la indemnización. Finalmente, presentó como excepciones de fondo las de

«inexistencia de las obligaciones reclamadas», «existencia de justa causa para dar por terminado el contrato por parte de la demandada» y «prescripción» (fls. 122 a 140).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 24 de marzo de 2021, condenó a la demandada a pagar $34.456.990 por concepto de honorarios a favor a las demandantes, junto con los intereses de que trata el artículo 1617 del Código Civil.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, indicó que en el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito por las partes, se estableció como obligación de la contratante, pagar los honorarios correspondientes aun cuando se revocara el mandato sin justa causa o se llegara a un arreglo directo con el tercero responsable de los daños. Precisó que según el acervo probatorio, las demandantes hicieron las gestiones pertinentes para cumplir con el objeto contractual pactado, pues de ello dan cuenta los correos enviados, las peticiones radicadas, las reuniones con HDI SEGUROS y el contrato de transacción. Manifestó que los testimonios del señor Carlos Augusto Garcés y la señora María José Martínez, participantes en el proceso de negociación con HDI SEGUROS, acreditaron que las demandantes realizaron las gestiones iniciales previas al contrato de transacción, precisando que el señor Garcés declaró que la firma de un tercero para el perfeccionamiento del contrato es un trámite común y corriente. Señaló que la falta de la firma de un tercero para el perfeccionamiento del contrato de transacción no puede ser imputado como una falta grave a las obligaciones de las demandantes, puesto que esa firma es un requisito de HDI SEGUROS para la formalización de dicho documento, aunado a que, lo relevante del acto es la negociación previa que llevo a la firma del documento. En ese orden, encontró que no hubo una justa causa para terminar el contrato de manera unilateral, dado que los actos previos realizados por las demandantes derivaron en la eficacia del acto, máxime cuando conforme con la declaración de la señora María José Martínez, el hecho de que la demandada confiriera poder a otra profesional del derecho, no cambió en nada la gestión realizada por la parte actora, incluso la suma pagada por la aseguradora fue la misma acordada en el contrato de transacción firmado en octubre de 2018. Argumentó que el inicio del proceso ejecutivo no fue pactado en el contrato de transacción, por lo que no puede endilgarse falta de diligencia de las demandantes por una labor que no fue pactada. En consecuencia, encontró procedente el pago de honorarios a favor de las demandantes, conforme con lo pactado en el contrato de prestación de servicios.

Finalmente, explicó que en el contrato de prestación de servicios no se pactó el pago intereses moratorios, por ello, condenó al pago de intereses legales, de acuerdo con el artículo 1617 del Código Civil.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión, manifestando que su recurso de extiende a la totalidad de pruebas del plenario y a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Argumentó que la decisión adolece de tres errores, el primero, estimar que no hubo una justa causa para dar por terminado el contrato de prestación de servicios, el segundo, un error de causalidad y por último, un error de congruencia. En torno al primer error alegado, manifestó que sí existió justa causa para dar por terminado el contrato, teniendo en cuenta que, las demandantes incumplieron su deber de diligencia al haber sugerido firmar un contrato que finalmente no se perfeccionó, resultando en una manifestación que no surtió efectos, ni prestó mérito ejecutivo y por ende, causó una demora injustificada en el pago de la indemnización. Además, arguyó que no es correcto decir que el contrato se celebró por etapas, puesto que la interpretación correcta es que las escalas eran paralelas porque era más eficiente realizar todas las acciones posibles de forma rápida para obtener un resultado pronto, por lo que las demandantes debieron iniciar el proceso ejecutivo en cuanto no se cumplió con el plazo pactado en el contrato de transacción, más aun cuando el inmueble tenía un gran deterioro. Igualmente, señaló que se debe tener en cuenta que entre el interregno entre el 08 de octubre de 2018 y la revocatoria del poder, las demandantes no realizaron ninguna gestión eficiente para conseguir el pago de la indemnización a favor de la demandada. Añadió que la explicación de la señora DIANA ASTRID IBARRA no puede ser tenida en cuenta, respecto de la conversación que tuvo con el señor Carlos Augusto Garcés, en virtud de que las partes no pueden fabricar sus propias pruebas, máxime cuando el señor Garcés afirmó no recordar que un tercero debía firmar el contrato de transacción para su perfeccionamiento. Respecto del error de causalidad, aseveró que la gestión de las demandantes no fue la causa del pago de la indemnización, pues fue otra apoderada quien se encargó de la suscripción de un nuevo contrato de transacción que culminó con el pago de tal emolumento. Resaltó que la obligación pactada era de resultado y no de medio, por lo que se debe analizar el verdadero pago por parte de la aseguradora, pues pese a lo declarado por la señora María José Martínez, quien alcanzó dicho objetivo fue la apoderada posterior, logrando un título ejecutivo y el cumplimiento de HDI SEGUROS. Finalmente, esgrimió que existió un error de congruencia, en tanto, las pretensiones fueron soportadas en la gestión realizada en el contrato firmado en octubre de 2018, no obstante, el A quo efectuó la condena teniendo en cuenta el contrato de

transacción celebrado en enero de 2019, documento que sí se perfeccionó y logró el pago de la indemnización, a partir de la diligencia de otra apoderada.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primer grado. A su turno, la parte actora allegó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión en atención a lo preceptuado en los artículos 66 y 66A del CPTSS, determinar si se demostró la ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito por las partes, en las condiciones textualmente pactadas.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, advierte la Sala que no existe discusión entre las partes sobre la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, el cual fue admitido por la accionada y se observa de folios 18 a 20 y 141 a 143, en el cual las partes en sus cláusulas primera y segunda acordaron lo siguiente:

> *«**PRIMERA**- **OBJETO:** Realizar actuaciones jurídicas tendientes a lograr del tercero civilmente responsable la reparación de los daños ocasionados sobre el inmueble Carrera 8#108ª -45 Urbanización Santa Ana, causados como consecuencia de la construcción adelantada en el predio en la Cra 8 #108ª -59. Con licencia de Construcción No. 15-2-1070 de fecha de expedición 7 de diciembre de 2016. Curaduría Urbana N°2.*
>
> 1. ***Reclamación ante la compañía aseguradora con el fin de afectar la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual de la obra contigua al inmueble de la referencia:***
>
> *Esta instancia se realiza con el fin que la póliza de responsabilidad extracontractual cubra los daños ocasionados al inmueble.*
>
> *En esta instancia se debe primero ubicar la póliza de responsabilidad extracontractual solicitándola al propietario, analizar su cubrimiento y posteriormente se presenta una reclamación jurídica sustentada en un peritazgo del estado del inmueble, dentro de la cual se hace una solicitud formal con la tasación de daños causados con el fin que la empresa aseguradora haga un ofrecimiento económico.*

La decisión de aceptar o no el ofrecimiento económico la tomara el cliente (Propietario del inmueble), previa información por parte del abogado de las consecuencias de la decisión.

2. Proceso judicial de Responsabilidad Extracontractual:

Una vez agotado el requisito de procedibilidad para presentar la demanda, que es la citación a una audiencia de conciliación a las partes (Constructor, Propietario, Aseguradora), cuyo resultado de la audiencia sea fallida por falta de ánimo conciliatorio, se procederá a presentar ante los jueces civiles demanda de responsabilidad civil extracontractual la cual tiene como objetivo que por una sentencia judicial se declare la responsabilidad del tercero, Este proceso se agota a través de audiencias a través de las cuales del material probatorio que presentemos se busca demostrar el nexo de causalidad entre la indebida ejecución de la obra contigua al inmueble y los daños causados a la casa.

Este proceso puede tener dos (2) Instancias judiciales.

***SEGUNDA**: HONORARIOS. - EL CONTRATANTE pagará a LAS ABOGADAS por concepto de honorarios de la siguiente manera:*

CONCEPTO	VALOR HONORARIOS	FORMA DE PAGO	GASTOS DE GESTIÓN O PROCESALES
Reclamación ante la compañía aseguradora con el fin de afectar la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual	3 SMLMV (Año 2017=$2.213.151)	Con la entrega del Poder para presentar la reclamación	Incluidos en valor de honorarios
	Mas 5% del valor que reconozca la aseguradora	Al momento que Cliente reciba el pago de la aseguradora	
Proceso judicial de Responsabilidad Extracontractual (I Instancia)	10 SMLMV (Año 2017=$7.377.717)	3SMLMV: Con la Entrega del Poder para la audiencia de conciliación	No incluidos en el valor de honorarios
		3SMLMV: Con la Entrega del Poder para inciar proceso	
		2 SMLMV: Con la Primera Audiencia	
	Mas 5% del valor que se pague por el tercero en conciliacion u otra etapa dentro del proceso	2 SMLMV: Con la sentencia favorable o desfavorable	
Proceso judicial de Responsabilidad Extracontractual (II Instancia)	2 SMLMV	Con el auto que admite el recurso de Apelación.	No incluidos en el valor de honorarios

***PARAGRAFO PRIMERO:** El pago que haga el tercero responsable en cualquier etapa del proceso por cualquier medio o conciliación AL CONTRATANTE permitirá a las ABOGADAS a pasar la respectiva cuenta de cobro por el valor pactado para la etapa procesal en que se efectúe el pago».*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corporación evidencia que entre las partes en efecto existió un contrato de prestación de servicios cuyo objeto, no era otro que *realizar actuaciones jurídicas tendientes a lograr del tercero civilmente responsable la reparación de los daños ocasionados* sobre el inmueble de propiedad de la accionada contratante, *causados como consecuencia de la construcción adelantada* en un predio contiguo, para lo cual, se pactó que el objeto contractual se podría cumplir en dos etapas, en la primera mediante un reclamación extrajudicial directamente ante la respectiva compañía aseguradora, y de resultar fallida tal etapa se continuaría con el proceso judicial. Lo anterior, conlleva a que es deber de la parte actora demostrar la ejecución de su actividad en beneficio de la parte pasiva conforme a lo normado en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS.

Frente a la actividad desplegada por las demandantes, procede la Sala a verificar si con las gestiones desplegadas se pudo finalmente alcanzar el objeto del contrato.

En ese sentido, se destaca de los testimonios recaudados, lo dicho por la señora **MARIA JOSE MARTINEZ,** quien declaró que fue la encargada del análisis del caso de la demandada; que aquella les presentó una reclamación para obtener una indemnización porque resultó afectada de una obra de uno de sus asegurados; que asignaron un perito, es decir ADVANTA, liderado por Carlos Garcés; que todo comenzó con un derecho de petición de la demandada por medio de Diana Ibarra, quien participó en todas las reuniones y correos entre HDI (aseguradora) y la demandante; que para cerrar el caso, la demandada cambió de abogado, sustituyendo a Diana por otra apoderada, con quien sí terminaron el caso y suscribieron la transacción; que hubo un cambio de contrato de transacción pero cree que fue porque en el primer contrato había faltado incluir algún incremento en el valor a indemnizar; que en el primer contrato la demandante Diana Ibarra participó en toda la elaboración; que la demandada envió a la compañía un documento informando el cambio de abogada, pero no se inició una nueva reclamación; que el contrato se firmó y se cumplió por las 3 partes (el asegurado, la aseguradora y la reclamante) y se pagó la indemnización; que no se inició un proceso administrativo o judicial para obtener el pago; que no es cierto que se haya exigido que para negociar con HDI no debían existir acciones judiciales en contra de la entidad; que esa indemnización fue pagada por la reclamación inicial que recibió la aseguradora HDI como un derecho de petición hecha por la firma de las demandantes. Que estuvo en las reuniones para firmar el segundo contrato de transacción, donde se discutía la diferencia del valor a indemnizar porque la demandada no estaba de acuerdo con el valor que le ofrecieron; que se pagó la indemnización en virtud del segundo contrato y no conoció que se haya iniciado alguna acción judicial en contra de HDI.

OSCAR EDUARDO BRAND declaró que es ingeniero civil y la señora Ana María Rodríguez lo contrató para realizar un informe de patología y reconocimiento a una estructura que sufrió unos daños por una construcción aledaña; que para el 2018 fue contratado por la Sra. Ana María para antedicho fin; que la casa tuvo daños muy serios a nivel estructural, por lo que determinó que la construcción aledaña había dañado el suelo de la casa de la demandada, provocando daños en la cimentación, en la tubería, etc. Que luego ese informe fue socializado con la aseguradora para obtener la indemnización; que no recuerda el nombre del abogado que acompañó a la demandada en la reunión con la aseguradora, pero al ver a la abogada Diana Ibarra reconoció que ella sí había asistido a la reunión. Que el daño que existía en la casa era progresivo y grave. Que una demora de cuatro a cinco meses en la intervención de ese inmueble sí afecta el estado del mismo; que al pasar 4 o 5 meses se podía causar un daño grave al no

seguir las recomendaciones (demolición, refuerzo de la cimentación, un muro de contención, etc.) en ese mismo momento, los daños se podían pasar a las otras casas.

CARLOS AUGUSTO GARCES declaró que es representante de una firma de evaluadores de pérdidas denominada, ADVANTA Colombia SAS, una firma que atiende siniestros de pólizas de seguros en Colombia, por lo cual recibió de una aseguradora Generali Colombia Seguros Generales SA, hoy HDI, la asignación para llevar a cabo la evaluación de una reclamación con cargo a un póliza que había expedido Generali por una construcción que estaba asegurada allí, la cual generó perjuicios a un inmueble de propiedad de la demandada; que iniciaron el análisis de la evaluación de la perdida y llevaron todo el proceso, identificando a las demandantes como las apoderadas de la accionada, quienes iniciaron la reclamación de responsabilidad extra contractual por los daños al inmueble; que sostuvo reuniones con aquellas varias veces (el 13 de marzo de 2018, el 18 de septiembre de 2018 para una conciliación particular, el 24 de septiembre de 2018) como fruto de ello, el 05 de octubre de 2018 elaboran un contrato de transacción y se reúnen en la notaria para firmarlo el 08 de octubre; que ellos culminaron su labor con la elaboración del contrato de transacción, puesto que lo enviaron a la aseguradora para que realizara el pago el pago; que el contrato de transacción se elaboró por ADVANTA, lo pusieron en conocimiento de las reclamantes (las demandantes) para su firma y lo remitieron a la aseguradora para conseguir la firma del representante legal, por lo que no tiene conocimiento de lo que sucedió después; que el procedimiento común es que los reclamantes firman el contrato, incluso la reunión no es obligatorio porque puede ser enviado por correo electrónico, pero se debe firmar y enviar a la aseguradora para que lo firme el representante legal; que no es de su competencia verificar si hay pago o no. Que la aseguradora procede con el pago, una vez el tercero entregue el contrato de transacción firmado, tal como se pactó en el contrato de transacción del caso, pues era necesario que los reclamantes entregaran firmado el documento a la aseguradora para la firma de su representante legal. Que las personas que debían firmar el contrato eran la propietaria como reclamante y la aseguradora como la entidad que iba a efectuar el pago; luego de ver el contrato de transacción, explicó que según ese contrato también debía firmar el asegurado; que no recuerda si las demandantes le preguntaron sobre el asegurado y su firma.

Asimismo, las partes absolvieron interrogatorios, la demandada **ANA MARÍA RODRIGUEZ**, declaró que es cierto que mediante llamada telefónica le dijo a una de las abogadas que no preguntara más por el proceso de indemnización ante HDI porque ese contrato de transacción firmado no causó el pago, dado que no se perfeccionó. Que recibió el pago de indemnización por los daños a su inmueble pero no gracias al contrato de transacción del 08 de octubre de 2018, porque ese contrato no se perfeccionó; que

ella suscribió otro contrato de transacción con otro grupo de abogados porque las demandantes la dejaron desamparada judicialmente; que recibió el pago de la indemnización aproximadamente a finales de 2019; que el pago que recibió fue el mismo que el pactado en octubre de 2018; que firmó el contrato de transacción de 2018 porque su abogada Diana Ibarra le dijo que sí podía firmarlo, pero luego al leerlo se dio cuenta de que nunca le iban a pagar porque se necesitaba la firma del asegurado que era la constructora; que la abogada Diana Ibarra no cumplió con el contrato porque al no recibir el pago habían pactado que iniciaría el proceso judicial; que el dinero que recibió fue gracias a otro proceso que debió iniciar, esto es, una queja ante la Superintendencia y un proceso extracontractual ante HDI, momento en el que otro grupo de abogados de la aseguradora se ofreció para llegar a un acuerdo. Que ese contrato de transacción de enero de 2019 se hizo en virtud de las reuniones que habían tenido las demandantes con la aseguradora, aunque nunca se pudo cobrar porque no cumplía con los requisitos; que ella nunca se enteró de que las demandantes hubieran adelantado un proceso ejecutivo; que entre octubre y diciembre fue muy peligroso tener el inmueble en esas condiciones porque sin el desembolso de la aseguradora no podía hacer una adecuación de estabilización del terreno, que la situación llegó incluso hasta preocuparse por el hecho de que la casa se derrumbara y se llevara consigo a la casa de al lado, que ante esa situación, la abogada Ibarra solo le decía que no le contestaban en la aseguradora, por lo que decidió buscar asesoría de otra abogada, quien al ver que el contrato no estaba firmado formuló una queja ante la Superintendencia, por lo que con unos abogados «intermediarios entre HDI» firmó un nuevo contrato, explicando que la aseguradora le dijo que le pagaba el mismo monto pactado, siempre y cuando retirara la queja ante la Super, aunque de forma contradictoria después dijo no haber sido obligada a ello; que después de la queja, HDI los contactó con unos nuevos abogados con los cuales indicó había pactado cláusula de confidencialidad y por ello no aportaba prueba de ese trámite, habiendo recibido el pago en 24 horas, siendo clara en indicar que el valor fue el mismo que se había acordado en la fallida transacción de octubre de 2018.

La demandante **DIANA ASTRID IBARRA GÓMEZ,** señaló que no se inició un proceso de responsabilidad civil extracontractual contra HDI porque en el contrato de prestación de servicios se pactó la reclamación administrativa por una póliza de seguro, y sólo en caso de que no prosperara se iniciaría un proceso de responsabilidad extracontractual contra la constructora, sin embargo, en virtud de la reclamación que presentaron y su recurso de reconsideración (de lo que conocía la actora) los citaron a una reunión de HDI, en donde les dicen que la aseguradora va a pagar la indemnización, por lo que suscribieron el contrato de transacción, momento en el que les afirmaron que se realizaría el pago dentro de los siguientes cinco días hábiles; que el 8 de octubre cuando fueron a firmar el contrato, se percató de que se requería la firma del asegurado,

por lo que le preguntó al señor Carlos Garcés, quien le manifestó que eso era un formato, que era un proceso interno de la aseguradora por lo que podían firmar el contrato; que al pasar los 5 días hábiles siguientes a la firma del contrato, comienza a llamar a la aseguradora, primero a la señora María José Martínez, quien le dijo que el pago sí estaba en proceso y después al señor Carlos Garcés, quien le dijo que había ocurrido un error con la cuenta de la Sra. Ana María porque se había dicho que era corriente y en realidad era de ahorros, por lo que nunca le manifestaron que no se había hecho el pago por el contrato, sino por ese error de la cuenta; que luego de 5 días más, se volvió a comunicar con la señora María José, quien le dijo que el pago estaba en proceso y le indicó que debía llamarla después porque estaban haciendo cierre de sus operaciones; que por eso en noviembre volvió a comunicarse y se dio cuenta de que la actora le había revocado el poder. Que le consta que a la demandada le pagaron en virtud de la reclamación administrativa que se radicó en diciembre de 2017; que no iniciaron la acción ejecutiva porque nunca se dijo por parte de la aseguradora que no se iba a realizar el pago, aunado a que la demandada le revocó el poder sin justa causa días después de la suscripción del contrato de prestación. Que ellas iniciaron un proceso ejecutivo pero el mandamiento de pago fue negado y decidieron no recurrir la decisión porque en medio de la negociación con HDI les dijeron que una condición era no tener procesos judiciales en contra de la entidad, por lo que permitieron que el proceso quedara ahí.

De igual modo, la demandante **CELINDA BERNAL NEIRA** mencionó que no estuvo presente en el trámite ante la notaría del contrato de transacción, pues estaba embarazada; que luego de todas las gestiones que hicieron, la demandada no quería contestar las llamadas de ellas y que revocó el poder sin más; que en enero de 2019 les llegó un correo electrónico de la accionada solicitando un listado de los trámites realizados en la reclamación administrativa, por lo que le respondieron rápido y no volvieron a saber nada más de ella. Que ella habló con la señora María José sobre la firma del tercero para el perfeccionamiento, sin embargo, aquella le respondió que no había ningún problema con esa firma, que era un trámite normal, que sólo se requerían las firmas de la reclamante (la demandada) y la aseguradora; que no tiene conocimiento de un proceso ante la Superintendencia.

Respecto a la prueba documental, se aportó al expediente, además del referido contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, suscrito el 14 de agosto de 2017; petición enviada por la parte actora en la misma fecha a *«INVERSIONES SANTA BÁRBARA SAS»*, solicitando a copia de la póliza civil de responsabilidad extracontractual (fls.21 a 27), de lo cual se le informó a la demandada mediante correo electrónico el 18 de agosto de 2017, solicitándole además información para cumplir el mandato (fl. 28); asimismo, por correo electrónico del 29 de agosto de 2017 se le

informó a la demandada que la mencionada empresa constructora le había remitido copia de la aludida póliza, remitiéndosela (fls. 29 a 32). Seguidamente se aportó copia de la radicación de la *«reclamación formal, Informe de Siniestro y solicitud de indemnización por responsabilidad civil extracontractual a tercero»*, ante GENERALI COLOMBIA Seguros Generales el 15 de diciembre de 2017 (fls. 33 a 35).

De folios 36 a 42 y 59 a 75 se aportó una serie de conversaciones por correo electrónico, de los cuales se destaca que el 16 de enero de 2018 la firma *Advanta Colombia S.A.S., ajustadora de seguros,* le informó a las abogadas demandantes que había sido *designada por Generalli Colombia Seguros Generales S.A.* para llevar a cabo la revisión del estado actual de la vivienda y establecer la causa del deterioro de la misma, concertándose la cita el 17 de enero de 2018 para ser llevada a cabo el día 22 de ese mismo mes y año, ello con conocimiento y anuencia de la accionada. De igual modo el 24 de enero de 2018 la firma *Advanta* solicitó a las abogadas varias aclaraciones con relación al inmueble, verbigracia presupuesto de reconstrucción, pago del último predial aclaración de la dirección, fecha de ocurrencia de los daños, entre otros, a lo cual dieron respuesta el 30 enero de 2018. Seguidamente el 05 de febrero de 2018, nuevamente la mencionada firma solicita más información, por lo que el 09 de febrero de 2018, la parte actora le informó al respecto a la accionada solicitándole lo pertinente y el 21 de febrero de 2018 remiten a Advanta la información y documentos requeridos. Posteriormente el 16 de marzo de 2018 dicha entidad le solicita nuevamente documentos e información, la cual fue remitida el 06 de abril de 2018 y el 12 de abril de 2018 se les requiere un documento.

El 16 de abril de 2018 la parte actora requirió a la sociedad Advanta, sobre el trámite y precisando respuestas, pues se les estaba solicitando información y documentos ya remitido, advirtiéndoles sobre acciones judiciales y administrativas de no adelantarse la solicitud inicial. Posteriormente, el 07 de mayo de 2018 la compañía HDI SEGUROS, antes Generalli, negó la solicitud de indemnización presentada (fl. 73-74), a lo cual, el 25 de mayo de 2018, las abogadas presentaron una solicitud de reconsideración de la decisión (fl. 76-79). Seguidamente aparecen coreos electrónicos de folios 80 a 86, en el primero de ello, el 24 de julio de 2018 la Profesional de Indemnizaciones de HDI SEGUROS, María José Martínez le comunica a las abogadas que *«de acuerdo a lo conversado en días pasados, agradezco me confirme dos posibles fechas para poder llevar a cabo una reunión directamente en la compañía de seguros, con el fin de revisar el caso en mención»*, a lo cual, ese mismo día se le informó lo requerido, fijándose fecha para la reunión el 09 de agosto de 2018.

Por otro lado, se evidencia impresión de la página de consulta de procesos de la Rama Judicial, en la cual se informa de la existencia de un proceso ejecutivo singular radicado ante el Juzgado 23 Civil del Circuito cuya ejecutante es la aquí accionada y como accionado Generali Colombia Seguros Generales S.A., del mismo se advierte que se radicó el 24 de julio de 2018, habiéndose negado el mandamiento de pago y retirada la demanda el 21 de agosto de 2018; de igual manera, aparece contrato de transacción fechado 08 de octubre de 2018 (folios 87 a 92), suscrito por la accionada y aseguradora HDI, faltando la firma del representante legal de INVERSIONES CASAS SANTA BARBARA como asegurado; además se observa que la suma a conciliar por los daños sufridos ascendía a la suma de $689.139.811. Posterior a ello, el 16 de noviembre de 2018 se observa petición dirigida a HDI SEGUROS por parte de la actora solicitando el estado del desembolso del dinero que se pactó en la aludida transacción, así como el monto eventual consignado a la accionada, con fecha y copia del mismo, petición que fue contestada por la aludida compañía de seguros indicándole que la señora Ana María Rodríguez les había revocado el poder y por ello no era posible el suministro de información (fls. 114 a 116).

De otra parte, obra correo electrónico del 15 de enero de 2019, en el que la accionada solicitó un informe de la totalidad de las gestiones realizadas ante la firma HDI SEGUROS, ante la reclamación de la indemnización, conforme al poder que se les otorgó (fls. 35 y 94). Por lo anterior, las hoy demandantes procedieron de conformidad el 18 de enero de 2019 (fl. 43 y 110). A renglón seguido, apare correo electrónico remitido por la demandada a las demandantes el 22 de enero de 2019, indicándoles que, hacia uso de la cláusula sexta del contrato de prestación de servicios, dándolo por terminado de manera unilateral, en consecuencia, revocándoles «*el poder otorgado y sin lugar a ninguna retribución económica por ningún concepto*» (fl. 151).

Seguidamente, mediante oficio del 22 de febrero de 2020, previa solicitud del juzgado de conocimiento, la compañía HDI SEGUROS remitió «*copia del contrato de transacción de fecha 089 de octubre de 2018 suscrito entre la señora ANA MARIA RODRIGUEZ y HDI SEGUROS, que afectó la póliza de Obras en Construcción No.400195 tomada por INVERSIONES CASAS SANTA BÁBARA SAS*» (fl. 171), no obstante, el contrato de adjuntado corresponde al suscrito el 22 de enero de 2019, del cual se desprende en sus consideraciones y antecedentes:

> *«Que el* ***día quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017),*** *LA RECLAMANTE presentó a través de apoderado una solicitud de indemnización con el fin de que le fuesen resarcidos los perjuicios que le fueron causados, como resultado de los daños ocasionados al inmueble con matrícula No. SON-982.49 ubicado en la carrera 8 No. 108 A-45 (dirección catastral) por la construcción colindante del proyecto denominado "Santa Ana 108" llevado a cabo por INVERSIONES CASAS.*

> *6. Que,* ***en atención de la solicitud de indemnización presentada por LA RECLAMANTE. HDI atendió las solicitudes y requerimientos de LA RECLAMANTE****, solicitó los documentos e información para determinar la cuantía de los daños, y designó una firma ajustadora a efectos de verificar la extensión y cuantía de los daños que presenta el inmueble con matrícula No. 50N98249 ubicado en la carrera 8 No. 108 A· 45 (dirección catastral).*
>
> *7. Que la firma ajustadora inspeccionó el inmueble con matrícula No. 50N-98249 ubicado en la carrera 8 No. 108 A-45 (dirección catastral) y evidenció los siguientes daños: i) daños a nivel de mampostería y estructura, H) descuadre de puertas y ventanas, iii) rotura de acabados en porcelana, y iv) asentamiento diferencial.*
>
> *8. A* ***partir de la solicitud de indemnización presentada por LA RECLAMANTE, LAS PARTES comenzaron a analizar diferentes opciones que permitieran llegar a un acuerdo de transacción*** *a efectos de indemnizar de forma integral los perjuicios pasados, presentes y futuros presuntamente generados corno consecuencia o con ocasión del INCIDENTE.*
>
> *9.* ***LAS PARTES han adelantado conversaciones decidiendo negociar de buena fe una solución definitiva para llegar a un acuerdo de transacción a efectos de indemnizar*** *de forma integral los perjuicios pasados, presentes y futuros presuntamente generados como consecuencia o con ocasión del INCIDENTE.*
>
> *10. LAS PARTES han acordado que, los perjuicios ocasionados a la RECLAMANTE y los daños que presenta el inmueble con matrícula No. 50N-98249 ubicado en la carrera 8 No. 108 A-45 (dirección catastral) con ocasión del INCIDENTE, tienen un valor de SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS M/CTE (****$ 689.139.811****).* Negrillas y subrayas ajenas al texto original (fls. 171 a 174 frente y vuelto).

De conformidad con lo anterior, del acervo probatorio y dando aplicación al principio de libre formación del convencimiento (art. 61 CPTSS), en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, según las cuales es dable la apreciación de los distintos medios probatorios en aras de fundamentar la decisión en aquellos elementos de prueba que le merecen mayor persuasión o credibilidad y que le permiten hallar la verdad real al juzgador, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, la Sala puede concluir sin ningún asumo de duda, que la gestión encomendada a las demandantes se cumplió en la primera de las dos fases pactadas, esto es la prejudicial. Ello, por estar plenamente acreditado en el caso de autos, que las demandantes sí efectuaron la gestión que culminó con la suscripción de un contrato de transacción entre la demandante y la aseguradora ante la cual las demandantes efectuaron la respectiva solicitud indemnizatoria.

En efecto, las pruebas claramente indican que la indemnización recibida por la señora Ana Rodríguez obedeció directamente a tal gestión, pues las abogadas demandantes iniciaron la reclamación, a raíz de ello la aseguradora designó a un tercero para verificar los daños y perjuicios, posteriormente se negó la solicitud y ante ello las demandantes, la recurrieron, luego de varias negociaciones y reuniones, de las que participó la

poderdante, pues ella misma lo confesó en interrogatorio de parte, se iba a proceder a una transacción para el pago de la indemnización que según el contrato del 08 de octubre de 2017, ascendía a $689.139.811, todo ello, producto de la gestión de las demandantes, lo cual se corrobora con el testimonio del señor representante de la compañía verificadora de perdidas CARLOS GARCES, quien dio fe de las diligencias y gestiones que ellas realizaron y que tal labor culminó con la elaboración del contrato de transacción por parte de la firma Advanta, luego lo enviaron a la aseguradora para que realizara el pago, precisando que el procedimiento común, era que los reclamantes firmaran el contrato, incluso podía ser enviado por correo electrónico, pero se debía firmar y enviar a la aseguradora para que lo firmará el representante legal; así también se desprende del testimonio de la señora María José Martínez, al señalar que todo comenzó con un derecho de petición de la demandada por medio de la abogada Diana Ibarra, quien participó en todas las reuniones y correos entre la aseguradora HDI y la demandante, aunque señaló que el contrato final con el que se le pagó a la accionada la indemnización fue por gestión de otro profesional del derecho.

En este punto, alega la parte accionada que fue condenada por un contrato distinto del que reclaman la demandantes y por tanto, no hubo congruencia entre lo pedido y lo fallado por el a quo, para lo cual, precisa la Sala que las pretensiones del líbelo inicial son claras al indicar que se declare el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios profesionales de abogado y que se condene a pagar la suma pactada por concepto de honorarios causados, lo cual en sentir de la sala se materializó con la suscripción del contrato de transacción el 29 de enero de 2019, máxime, cuando no obra una sola prueba de que este se haya producido por una gestión distinta como lo pretende hacer ver la accionada, ya que no hay indicio alguno que permita dilucidar que inició una reclamación ante *la Superintendencia* y mucho menos que haya contratado los servicios de otros abogados, máxime cuando el aludido contrato expresamente indica que este es producto de la solicitud elevada el 15 de diciembre de 2017 por *LA RECLAMANTE a través de apoderado*.

Lo anterior, sumado al hecho que el valor transado fue el mismo que se había calculado en el contrato no perfeccionado inicialmente el 08 de octubre de 2018, el cual por demás, según las pruebas antes mencionadas, no indican que las demandantes no hayan actuado con diligencia, pues tal como lo indicó el testigo Carlos Garcés, designado por la compañía aseguradora para realizar la negociación de los valores a indemnizar, ese era el trámite usual en ese tipo de trámites, por lo que, pese a no conseguirse el pago en ese momento, es claro que sí lo alcanzó con posterioridad y en los términos inicialmente pactados conforme a la gestión realizada por las abogadas demandantes, de tal modo

que no es de recibo lo planteado por la recurrente en tanto y en cuanto sostiene que el pago se debió a la gestión de un tercero, lo cual se itera, no está probado.

Ahora bien, tampoco es dable aceptar que el contrato fue pactado para que se efectuara en forma paralela y no por etapas, dado que, resulta diáfana la cláusula contractual al estimar que en primer lugar se intentaría la reclamación por vías extra judiciales directamente ante la compañía aseguradora, luego, *una vez agotado* tal requisito sí se recurriría a la vía judicial, de ser necesario; tanto es así, que los honorarios también se pactaron por etapas, precisando que si en esa primera gestión se alcanzaba el pago, el valor de estos sería del 5% sobre el valor que reconociera la aseguradora.

Así mismo, estima la Sala que contrario a lo esgrimido por el recurrente, la obligación pactada fue de medios y no de resultados, tal como lo pactaron en la cláusula tercera, precisándose que se obraría con diligencia en pro de los intereses de la contratante, *«sin que ello implique que su gestión sea de resultados»*; de ahí que, no pueda concluirse que las demandantes hayan incumplido con sus obligaciones para así activar la cláusula sexta y que la contratante pudiera dar por terminado con justa causa el contrato, llamando poderosamente la atención de la Sala que la accionada dio por terminado el contrato y revocó el poder a las hoy demandantes una semana antes de firmar el contrato de transacción, lo cual, deja entrever que su intención no era otra que soslayar la obligación de pagar los honorarios causados por la gestión de aquellas en la etapa prejudicial, tal como lo pactaron en el contrato de prestación de servicios, que desde luego, era de medios y no de resultados.

En ese orden ideas, se confirmará la decisión de primer grado y conforme al principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sala se relevará sobre el estudio de las condenas económicas impuestas, pues ellas no fueron objeto de la apelación interpuesta.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte vencida, esto es, la accionada. Como agencias en derecho se fija la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

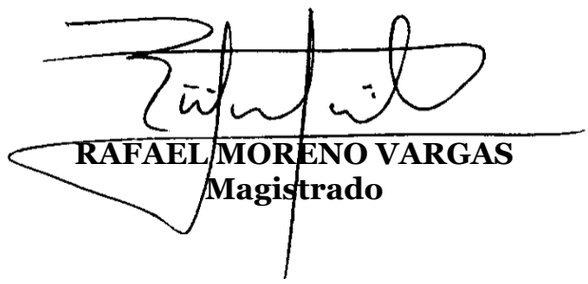
RESUELVE:

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

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte accionada. Como agencias en derecho se fija la suma de dos salarios mínimos legales mensual vigentes.

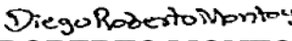
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de FREDY ARCELIO SANCHEZ PEÑA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, Rad. 110013105-010-2018-00075-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **FREDY ARCELIO SANCHEZ PEÑA** por medio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de acuerdo a lo estipulado en la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, al pago de la pensión de invalidez, junto con el retroactivo pensional desde el día 07 de diciembre de 1999, esto es, la fecha de estructuración de la invalidez, previo descuento de los aportes al sistema general de seguridad social en salud. Finalmente, se condene a la accionada al pago de costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, indicó que de acuerdo a su historia laboral en el Instituto de Seguros Sociales-ISS, tiene 27,71 semanas de cotización correspondientes al periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 1996 y el 31 de septiembre de 1999, sin embargo, su último empleador, MADEPARTES presenta una mora en los aportes a pensión desde el 01 de enero de 1998 hasta el 30 de septiembre de 1999, circunstancia

ante la cual el ISS, hoy COLPENSIONES, no realizó las gestiones pertinentes para efectuar el cobro coactivo, ni la corrección de la historia laboral, pese a que la solicitó. Explicó que fue víctima del delito de lesiones personales, quedando con discapacidad visual permanente, en consecuencia, presenta una pérdida de capacidad laboral del 64.85%, con una fecha de estructuración del 07 de diciembre de 1999, calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Expuso que el 22 de febrero de 2010 presentó solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez, por riesgo común ante el ISS, no obstante, la entidad negó el pedimento por reunir menos de 50 semanas de acuerdo a la Ley 860 de 2003, por lo que presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, pero nunca fue contestado. Manifestó que reiteró la petición de reconocimiento pensional ante COLPENSIONES el día 19 de octubre de 2017, siendo negada por no acreditar los requisitos de la Ley 860 de 2003, decisión que fue confirmada aun cuando presentó recurso de apelación y en subsidio de apelación (fls. 30 a 36).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el actor no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, toda vez que pese a que ostenta la calidad de invalido con una fecha de estructuración del 07 de diciembre de 1999, conforme con el Dictamen No 4905 del 18 de noviembre de 2009 emitido por el ISS, no acreditó haber cotizado veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, puesto que en toda su vida laboral sólo reúne 27 semanas cotizadas, aclarando que entre el 07 de diciembre de 1998 y el 07 de diciembre 1999, no realizó cotización alguna. Explicó que según la información registrada en la historia laboral del accionante, no existe mora patronal por parte de su último empleador, MADEPARTES. Como excepciones de fondo, propuso las de «prescripción y caducidad», «declaratoria de otras excepciones», «cobro de lo no debido» e «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir» (Fls. 41 a 45).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 09 de marzo de 2021, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir» y absolvió a la accionada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a esta decisión, señaló en síntesis, que conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la norma aplicable para el reconocimiento de una

pensión de invalidez, es aquella vigente al momento en el que se presenta la invalidez. Para el efecto, encontró que el actor tiene una pérdida de capacidad laboral del 64.85% según el dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, con una fecha de estructuración del 07 de diciembre de 1999, precisando que procede la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, por ser la norma vigente para esa data. Manifestó que de acuerdo a la historia laboral, el demandante cotizó a pensión hasta el mes de agosto de 1997, momento a partir del cual se registra mora patronal hasta septiembre de 1999, señalando que al ver la última fecha de cotización correspondía acreditar si el cotizó 26 semanas durante el año anterior a la estructuración de la invalidez. Resaltó que al existir una mora patronal por parte de MADEPARTES desde septiembre de 1997 hasta septiembre de 1999, en principio, era necesario dar aplicación al precedente jurisprudencial de la SCL de la CSJ, en tanto, el trabajador dependiente no puede asumir las consecuencias de una mora patronal, siempre y cuando haya prestado el servicio, pues en ese caso, la encargada del pago de los aportes es la administradora de pensiones que omitió su deber de realizar el cobro coactivo. No obstante, señaló que en la historia laboral allegada con la demanda con fecha del 2016, aparece la mora patronal aludida, sin embargo, en la historia laboral obrante en el expediente administrativo de COLPENSIONES no se encuentra tal mora, aunado a que, dicha entidad solicitó al demandante en varias oportunidades las pruebas de la existencia de la relación laboral con MADEPARTES, sin que ninguna fuera aportada. Además, aseveró que en el recurso de reposición que presentó contra la Resolución 11842 del 22 de junio de 2011, proferida por el ISS, el demandante solicitó que le tuvieran en cuenta las cotizaciones efectuadas mientras fue trabajador de MADEPARTES, aceptando que ello fue hasta el año de 1997, es decir que no laboró allí en 1998, ni 1999. Manifestó que en el año 2000 se reportó una multiafiliación del actor al ISS y a la AFP PROTECCIÓN, quedando asignado al ISS, por lo que al verificar la información solicitada al fondo privado, tampoco encontró cotizaciones a favor del actor entre el 07 de diciembre de 1998 y el 07 de diciembre de 1999. Por lo anterior, concluyó que lo que sucedió fue que el empleador MADEPARTES no reportó la novedad del retiro del accionante, por lo que no encontró procedente la actualización de la historia laboral. Finalmente, resaltó que al no ser posible actualizar la historia laboral con las semanas de mora patronal, el accionante no reúne los requisitos para ser acreedor de la pensión de invalidez, pues durante el año antes de la estructuración de la invalidez, no cotizó al sistema general de pensiones.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la parte actora, presentó recurso de apelación, argumentando que se acreditó que el demandante estuvo afiliado al sistema de seguridad social desde el 01 de agosto de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1999, bajo varios empleadores, entre ellos, MADEPARTES, así como su invalidez a partir del 07 de diciembre de 1999. Explicó que el

accionante presentó la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez, pero al ser negada mediante la Resolución 111842 de 22 de junio de 2011, formuló el recurso de reposición y en subsidio de apelación, aclarando que en dicho trámite sólo solicitó que le tuvieran en cuenta las semanas cotizadas, no realizó un reconocimiento de los extremos temporales de la relación laboral con MADEPARTES, máxime cuando la historia laboral expedida el 26 de agosto de 2011 da cuenta de la mora de dicho empleador hasta septiembre de 1999, momento en el que surgió la invalidez del actor. Manifestó que el demandante trabajó y registró cotizaciones hasta diciembre de 1997 y no agosto del mismo año, como afirmó la A quo, agregando que desde esa data se presentó la mora patronal que perjudica al demandante. Aseguró que el demandante es perjudicado aún más, dado que en la historia laboral que se aportó con la demanda, de fecha 26 de agosto de 2011 aparece la mora patronal de MADEPARTES, mientras que en la allegada por COLPENSIONES de octubre de 2018, no se visibiliza tal mora y se registra la última cotización en el mes de agosto de 1997, es decir, que aparece menos tiempo del imputado por el ISS. Reiteró que la relación laboral con MADEPARTES existió y finalizó por el accidente sufrido por el demandante. Finalmente, solicitó se revoque la sentencia y se efectúe el reconocimiento pensional, junto con el retroactivo, teniendo en cuenta los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, así como la Ley 100 de 1993.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada allegó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. A su vez, la parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a esta Corporación, establecer si el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez en virtud del principio de favorabilidad en los términos solicitados en la demanda. De ser así, verificar los términos en que se ha de conceder la prestación.

CONSIDERACIONES

En el presente caso, no existe controversia alguna frente a la condición de invalido que ostenta el señor FREDY ARCELIO SANCHEZ PEÑA, lo cual se corrobora con el documento que obra a folis 71, en el cual se consigna que la Vicepresidencia de Pensión del extinto ISS, el 18 de noviembre de 2009 le determinó una pérdida de capacidad laboral del 64.85%, de origen - enfermedad común y con fecha de estructuración 07 de diciembre de 1999, hechos que no se discuten, pues así se admite desde que se trabó la litis.

Lo anterior permite determinar que el régimen legal aplicable para la fecha de su invalidez según la norma vigente es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, antes de la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, norma que distinguía dos situaciones para dejar acreditado el derecho a la pensión de invalidez, la del cotizante activo e inactivo, para los primeros exigía 26 semanas en cualquier tiempo anterior a la estructuración de la invalidez, mientras que los segundos debían demostrar ésa misma densidad pero en el año inmediatamente anterior a la invalidez, requisitos ambos que no cumple el demandante, toda vez que en primer lugar no era cotizante activo para la fecha de estructuración de la invalidez y tampoco tenía 26 semanas en el último año anterior al estado de la invalidez. Lo anterior teniendo en cuenta que de acuerdo a la historia laboral obrante en el expediente administrativo (CD fl. 51), la última cotización se efectuó para el periodo 1997-08 y a esa fecha acredita únicamente 27.71 semanas que por supuesto no corresponden al último año anterior a la invalidez.

Ahora bien, sostiene la parte recurrente que sí cotizó las semanas requeridas al sostener que el demandante sí laboró y efectuó aportes suficientes para alcanzar la prestación, para lo cual sostiene que con la historia laboral aportada del mes de agosto de 2011 se acredita la relación laboral con MADEPARTES y la mora por parte de este empleador hasta septiembre de 1999.

Sobre este último aspecto, de precisarse de manera preliminar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar, previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en la sentencia radicada al No. 69294 del 2 de noviembre de 2016 (SL15980-2016).

Para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo echado de menos en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de los mismos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en

realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, pues tal situación también puede explicarse lógicamente en la falta de reporte de novedades, por lo que se reitera, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la omisión el pago de los aportes con destino al sistema general de pensiones, pues se insiste, el elemento relevante y diferenciador en éste tipo de procesos, según el entendimiento de la Sala, surge a partir de la demostración de la relación laboral por el periodo adeudado, pues éste aspecto es el que evidencia la obligación que da la génesis a la cotización y el que eventualmente puede demostrar un actuar negligente por parte de la entidad.

En el caso sub examine, advierte la sala que como se indicó en precedencia, COPENSIONES no tiene en cuenta en la historia laboral ni en los actos administrativos que deniegan la prestación, las semanas correspondientes a los ciclos de septiembre de 1997 a septiembre de 1999, las cuales conforme a la historia laboral que se aporta con la demanda sí aparecen con la observación de que *«su empleador presenta deuda por no pago»* (fls. 6 y 7), y sumarían un total de 107 semanas, empero, la parte actora no aporta otro documento o medio de prueba que permita determinar relación laboral con el empleador MADEPARTES SM, incluso se evidencia en el expediente administrativo que COLPENSIONES solicitó en su momento tal acreditación en aras de iniciar labores de cobro, pero no se allegó nada al respecto, asimismo, se observa que en el trámite de primera instancia se intentó esclarecer este punto solicitando a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., donde el actor efectuó en principio las cotizaciones con el susodicho empleador, aclarando en ese punto que ello obedeció a que se presentó una multiafiliación y fue definida a cargo de COLPENSIONES, pero como se decía, las cotizaciones fueron recibidas por la mencionada AFP y esta certificó que en efecto fue hasta el mes de agosto que se recibieron cotizaciones y no se reportaron novedades (fls. 66 a 77 y 75 a 82).

En ese orden de ideas, observa la Sala que la relación laboral en este caso no se encuentra debidamente acreditada dentro del plenario, sumado a ello, como ya se explicó, la historia laboral no precisa las novedades de retiro por parte de dicho empleador, y no puede atribuirse a Colpensiones su omisión en las acciones de cobro respecto a los tiempos en que, eventualmente, no se afilió al demandante, de modo que ya no se puede hablar de imputación de aportes en mora, sino de las consecuencias jurídicas que se derivan de la no afiliación por parte del empleador al no haber reportado la novedad, por ejemplo, ingreso y retiro, lo que impide que en esta causa se puedan incluir dichos ciclos, en la medida que a este proceso no se vinculó a ese empleador.

Definido lo anterior, es claro que las semanas acreditadas NO hace merecedor al demandante de la pensión por invalidez reclamada. Todo conforme lo concluyó la jueza a quo, razón por la que se CONFIRMARÁ la decisión de primer grado.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

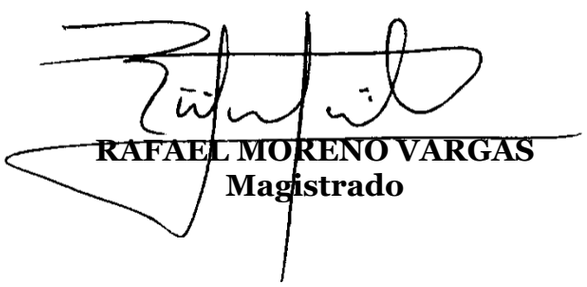
RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ROSA PATRICIA GARCIA SANCHEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-019-2019-00357-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la accionada PROTECCION S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de junio de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ROSALBA PATRICIA RODRIGUEZ SANCHEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia de su afiliación y traslado en pensiones con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - PROTECCIÓN S.A., (antes Cesantías y Pensiones Colmena), por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al incumplir la AFP con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS. Como consecuencia, debe trasladar todos sus aportes efectuados junto con todos sus rendimientos a COLPENSIONES, con el detalle del traslado de aportes. Asimismo, se declare que COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS, debe activar su afiliación en el RPMPD, desde su fecha inicial de afiliación, que corresponde al 03 de marzo de 1981 y por ende, aceptar y recibir su traslado de los

aportes. Finalmente, se condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar, y que resulten probados dentro del proceso, atendiendo los principios ultra y extra petita, así como a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 23 de diciembre de 1963 y el 03 de marzo de 1981 se afilió al RPMD aportando hasta 31/03/1995; y con el RAIS, desde el 01/04/1995 a la fecha de la presentación de la demanda. Mencionó que actualmente tiene 55 años de edad y se encuentra realizando aportes a pensión por un salario de $6.673.713, agregó que el 31 de marzo de 1995, diligenció el formulario de afiliación en pensiones con PROTECCIÓN S.A. Aunado a ello, agregó que PROTECCIÓN S.A. al afiliarla, no le brindó información adecuada y completa para proceder al cambio del RPMPD al RAIS. Añadió que, para el diligenciamiento del formulario de afiliación, la AFP no cumplió con la carga y deber de información que le correspondía, pues no le informó de manera clara y oportuna de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo modelo ni le informó sobre las desventajas de su traslado al RAIS, de manera que no se le ilustró sobre las modalidades pensionales al interior del RAIS. Mencionó que actualmente está afiliada con la AFP PROTECCIÓN S.A., además indicó que, en el año 2004, PROTECCIÓN S.A. omitió avisarle por escrito sobre su posibilidad de traslado de régimen. Advirtió que el 29 de marzo de 2019, se remitió derecho de petición por el que se solicitó copia e información respecto de su afiliación a la AFP PROTECCIÓN y proyección de su pensión de vejez. Manifestó que el 14 de mayo de 2019, la AFP, le envió comunicación fechada de 06 de mayo de 2019, por la que remitió formulario de afiliación y proyección pensional en donde se calculó que a los 57 en el RAIS, tendría una mesada de $2.517.667, allí mismo, se calculó que, a los 57 años en el RPMPD, tendría una mesada proyectada de $4.904.023. Señaló que el 28 de marzo de 2019, radicó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando la declaratoria de nulidad del traslado a la AFP, y reactivación de la afiliación desde el 03 de marzo de 1981, la cual fue negada mediante comunicación fechada de 28 de marzo de 2019 (Fls. 05 a 29).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación efectuada ante la AFP PROTECCIÓN S.A. tiene plena validez, por lo que efectuar el traslado de sus aportes y aceptarlos, genera descapitalización para la entidad. Adujo que debe

tenerse en cuenta que son los fondos privados, quienes cuentan con la facultad para determinar la anulación de la afiliación, por lo tanto, para poder aceptar el traslado y vinculación de la demandante a COLPENSIONES, debe contar con el análisis y aprobación del traslado por parte de la entidad privada a la cual se encuentra afiliada actualmente, previo al cumplimiento de los requisitos legales para poder acceder al traslado solicitado. Formuló como excepciones de mérito las de «Prescripción y Caducidad», «Cobro de lo no debido», «Inexistencia del derecho y de la obligación», «Buena fe» y «Declaratoria de otras excepciones» (Fls. 74 a 93).

Por su parte, la demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.,** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal fin, que el acto jurídico discutido es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, por lo anterior, no puede prosperar la pretensión de nulidad del traslado como pretensión principal, pues el acto jurídico celebrado entre la demandante y PROTECCION S.A. cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto, produce todos los efectos jurídicos derivados de este. Argumentó que tampoco es posible afirmar que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS, haga nula su afiliación. Así las cosas, consideró que la parte actora no puede pretender la declaratoria de una nulidad y/o ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica de un acto jurídico, pues si la favorabilidad en el valor de la mesada se evidenciara respecto del RAIS se tornaría entonces en válida y eficaz su afiliación a este régimen. Como excepciones de fondo, formuló las de «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y Del Sistema General De Pensiones» e «Innominada o genérica» (fls. 63 a 68).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 01 de junio de 2021 declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS a partir de marzo de 1995. Condenó a la AFP PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. De la misma manera, condenó a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas

por la demandante, declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a la demandada PROTECCION S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se ha establecido el deber de brindar información a cargo de las AFP, procediendo la ineficacia cuando se demuestre su inobservancia y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente para dar por demostrado el deber de información. En tal medida, concluyó que la información debe impartirse bajo aspectos favorables y desfavorables de un cambio de régimen; que la carga de la prueba está cargo de los fondos y que no es necesario acreditar régimen de transición o tener un derecho adquirido para acceder a la ineficacia del traslado; en tal sentido, estimó que COLMENA, hoy PROTECCION S.A. no acreditó el cumplimiento de su deber de información, sin que el formulario aportado fuere suficiente para ello. Frente a la prescripción, precisó que de acuerdo al precedente jurisprudencial el derecho a solicitar la ineficacia o nulidad de la afiliación no puede ser afectado por ese medio exceptivo.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la **AFP PROTECCION S.A.,** presentó recurso de apelación parcial respecto de la orden relacionada con los gastos de administración a devolver, argumentando que, respecto del traslado de los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los gastos de administración, si las cosas deben volver al estado que se encontraban, debe tenerse presente que tanto en el RPMD como en el RAIS se realizan estos descuentos fundamentados en la Ley 100 de 1993, art. 20, de manera que no debería aceptarse el traslado de unos rendimientos financieros, sino únicamente el traslado compensatorio de unas cuotas de administración efectuadas con vigencia en la afiliación más lo aportado por la afiliada, sin que dé lugar a que la rentabilidad generada se debiera trasladar.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Finalmente, la AFP PROTECCIÓN guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad

A folio 21 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 23 de diciembre de 1963, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES, el 28 de marzo de 2019 respectivamente (fl. 42 a 47), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 666 semanas cotizadas al ISS (CD fl. 69), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 31 de marzo de 1995, según información registrada el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. (fl.54 vto).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

---

de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (31 de marzo de 1.995, Fl. 54), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., éste

no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN, antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (31 de marzo 1995, fl. 54), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021).*

Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

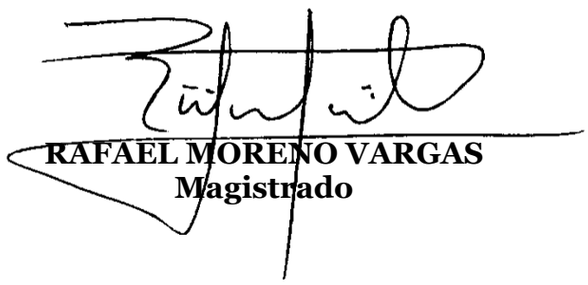
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, con el alcance de los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA EUGENIA NIÑO ESPEJO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y OTROS. Rad 110013105-023-2020-00257-01.

Con la finalidad de resolver los recursos interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de abril de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARIA EUGENIA NIÑO ESPEJO**, promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare que existió un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias que suscribió con las AFP PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A. y por lo tanto, estas AFP incurrieron en omisión en el deber de información con relación a la comunicación de todos los beneficios y desventajas que se tienen en el Régimen de Ahorro Individual. Por consiguiente, solicita que se declare ineficaz su traslado de régimen pensional realizado y promovido por la AFP ING hoy PROTECCION S.A. y, como consecuencia de lo anterior, la ineficacia de todos los traslados posteriores efectuados; que se declare que se encuentra válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, en consecuencia, nunca dejó de pertenecer al Régimen

de Prima Media con Prestación Definida. Asimismo, se declare que tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de su pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, a cargo de COLPENSIONES. Finalmente, que se condene a las entidades demandadas al pago de costas y agendas en derecho, así como a las condenas extra y ultra petita que hayan sido probadas durante el proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 13 de mayo de 1964, mencionó que cotizó al Instituto de Seguros Sociales -ISS desde el 21 de septiembre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1995 un total de 218,86 semanas, además de los tiempos cotizados a otros fondos de previsión. Indicó que el 13 de febrero de 1995 se trasladó de régimen al Fondo de Pensiones Cesantías ING hoy PROTECCION S.A., pues los asesores de esta AFP le manifestaron que se pensionaria con un monto mayor al que tendría derecho en el I.S.S., hoy COLPENSIONES, y que además accedería a su derecho a una edad más temprana. Adujo que posteriormente, el 21 de julio de 1997 se trasladó de régimen al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., fondo en el cual se encuentra actualmente y allí tampoco le suministraron información completa y veraz sobre las consecuencias pensionales de su traslado, agregó que el funcionario de la AFP ING no le dio la debida asesoría, señaló que lo mismo ocurrió con las administradoras a las que de manera posterior estuvo afiliada. Con fundamento en lo anterior, solicitó el 16 de enero de 2020 a COLPENSIONES la afiliación al RPMPD y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con la Ley 100 de 1993, siendo respondida negativamente. De igual forma, explicó que en la misma fecha radicó en PORVENIR S.A. la solicitud de invalidación de la afiliación y el traslado a COLPENSIONES, la cual, también fue negada (Expediente Digital: 7441830b-8bfa-43a8-a576-bfd25786650b.pdf Págs. 01 a 25).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitando se le absuelva todas y cada una de ellas, argumentando para tal fin que el vicio alegado debe ser probado, pues este no se acredita y al acceder a dicha pretensión se estaría afectando el principio de estabilidad financiera del sistema pensional, pues la demandante no se encuentra afiliada y vinculada a Colpensiones, así como los aportes realizados por la misma, durante estos años. Además, resaltó que el traslado horizontal realizado por la misma solo ratifica el consentimiento de permanecer y pertenecer al RAIS. Señaló que el ISS para el momento del traslado, no tenía la obligación de brindar información alguna, dado que la demandante se

encontraba afiliada al RPM y en ningún momento solicitó información. Propuso como excepciones de fondo, las de «La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «El error de derecho no vicia el consentimiento», «Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política)», «buena fe de Colpensiones», «Cobro de lo debido», «Falta de causa para pedir», «Presunción de legalidad de los actos jurídicos», «Inexistencia del derecho reclamado», «Prescripción» e «innominada o genérica» (Expediente Digital CD fl. 17: 11001310502320200025700.pdf Págs. 01 a 21).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que la afiliación de la actora es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, por lo anterior, no puede prosperar la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado como pretensión principal, pues el acto jurídico celebrado entre la demandante y la entidad cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto, produce todos los efectos jurídicos derivados de este. Así mismo, el monto de la pensión en el RAIS el legislador la ligó a situaciones económicas o financieras y cambios normativos como los que ocurrieron con la Resolución 1555 de 2010, así como la Resolución 3099 de 2015 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Formuló como excepciones de fondo las de «validez y eficacia del acto jurídico de afiliación a PROTECCION S.A.», «Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones», «Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de tercero de buena fe» e «innominada o genérica» (Expediente Digital. CONTESTACIÓNMARIAEUGENIANIÑOESPEJO.pdf 01 a 09).

A su vez, la AFP **PORVENIR S.A.,** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitando se le absuelva todas y cada una de ellas, argumentando para tal fin que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen

pensional y el traslado horizontal a Porvenir. Así mismo, indicó que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de horizontal, contenido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Expuso que si lo que arguye la demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda. Así las cosas, señaló que, de acuerdo con los documentos aportados por la demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Agregó que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Por último, añadió que, respecto de la ineficacia, se debe tener en cuenta que esta consecuencia jurídica, prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, solo se debe reconocer cuando media un atentado contra la voluntad de elección de régimen pensional del afiliado situación que no se encuentra acreditada en el caso concreto. Así entonces, consideró que la demandante al encontrarse válidamente vinculada al RAIS administrado con Porvenir, su reconocimiento pensional se deberá realizarse bajo este régimen, y conforme a las condiciones propias del régimen que el demandante hace desde el momento de su traslado de régimen. Propuso como excepciones las de «Prescripción», «Prescripción de la acción de nulidad», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «Buena fe», (Expediente Digital CD fl. 17. CONTESTACION MARIA EUGENIA NIÑO ESPEJO 20202020257.pdf. Págs. 01 a 21).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 27 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por PROTECCIÓN S.A., al igual que del traslado horizontal en el RAIS efectuado a través de PORVENIR S.A. Condenó a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., por el periodo de tiempo que estuvo afiliada la actora en cada una de estas entidades, devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiesen recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, autorizó a la AFP PROTECCIÓN S.A., a descontar únicamente los dineros entregados a la AFP PORVENIR S.A. con ocasión al traslado de la parte demandante a dicha administradora.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCION** apeló la decisión de manera parcial, en lo que tiene que ver con la condena devolución de los gastos de administración de forma indexada, para lo cual, argumentó que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de la demandante, asimismo, preciso que tales descuentos se efectuaron en virtud de la Ley y además se efectúan en ambos regímenes tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual e indicando que la demandante se benefició de los rendimientos generados sobre su cuenta de ahorro individual, aclarando que los rendimientos resultan superiores a los gastos de administración.

Por su parte, el apoderado judicial de la **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión, basado en dos puntos, el primero, la ineficacia del traslado del régimen pensional y la condena correspondiente a los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, argumentó que la demandante tuvo una ilustración de las características y los efectos del nuevo régimen al cual podía acceder, señaló que de acuerdo a la normativa legal,

la ineficacia es una consecuencia jurídica que se reputa de un acto que se da cuando el potencial afiliado es constreñido o no se le permite tener una libertad de selección de los regímenes pensionales y en ello puede incurrir no solo la AFP, precisó que la misma demandante expreso su deseo fue mantenerse en una AFP privada, aunado a ello, no concurrió a la citación que se le realizo para recibir la re asesoría, lo que a su juicio ratificaría la decisión de mantenerse en el régimen. Asimismo, expuso que, respecto a la condena de los saldos, no pueden incluirse los gastos de administración, pues al ya haberse consumido cumplieron con su función de generar los rendimientos financieros y asegurar a la accionante.

Finalmente, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto, que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos, no obstante, dicho deber ha ido variando con el tiempo, mencionando que para el año 1995 cuando se trasladó la demandante, tenía 30 años de edad, de manera que le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad del status pensional, por lo tanto, consideró que la firma del formulario de afiliación es completamente valida y no hay lugar a declarar la ineficacia pues el documento de afiliación fue firmado de manera libre y sin coacción, agregó, que la demandante no es beneficiaria del Régimen de transición y de no haber recibido la debida asesoría al momento de la afiliación y que el paso del tiempo sanearía este requisito, finalizó enfatizando acerca del principio de sostenibilidad financiera.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. De igual modo, la parte actora solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 15 del expediente (Exp. Digital. CD. FL.1 7441830b-8bfa-43a8-a576-bfd25786650b.pdf Pag.29) obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de mayo de 1964, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes de esta anualidad, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 16 enero de 2020 (Fls. 42 a 44, Exp. Digital. CD. FL.1 7441830b-8bfa-43a8-a576-

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

bfd25786650b.pdf Pág. 60), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 130.14 semanas de cotización (Exp. Digital. CD. FL.17 GRP-SCH-HL-66554443332211_1869-20201112083506.PDF Pág. 1-4), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 13 de febrero de 1995 (Exp. Digital. CD. FL.1 7441830b-8bfa-43a8-a576-bfd25786650b.pdf Pág. 57), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCION.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen el 13 de febrero de 1995, (Exp. Digital. CD. FL.1 7441830b-8bfa-43a8-a576-bfd25786650b.pdf Pag. 57), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCION, Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese

momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCION, antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (13 de febrero de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la

devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima*».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

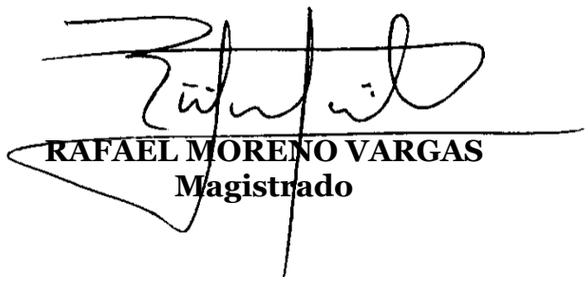
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, con el alcance de los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por FRANCISCO HUMBERTO ARTEAGA VARGAS contra HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO. Rad. 110013105-005-2017-00738-01 y 110013105-005-2017-00738-02.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

PROVIDENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver tanto el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de fecha 10 de junio de 2019, como el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 28 de abril de 2021, proferidas ambas por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **FRANCISCO HUMBERTO ARTEAGA VARGAS**, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad **HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO** pretende se declare la existencia de una relación laboral, en la que no pagó los aportes a seguridad social en pensiones. En consecuencia, se ordene tramitar el reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social en pensiones, conforme con el cálculo actuarial que expida la AFP OLD MUTUAL, valor que deberá ser pagado por la accionada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que elevó derecho de petición ante HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO, solicitando el pago de los aportes a seguridad social de la relación laboral correspondiente a los siguientes periodos: del 01 de septiembre de 1980 al 28 de diciembre de 1980, del 11 de enero de 1981 al 22 de junio de 1983, del 03 de mayo al 29 de junio de 1992, del 24 de diciembre de 1993 al 31 de marzo de 1994 y del 01 de abril al 01 de julio de

1994. Expuso que la accionada le solicitó que allegara unos documentos para dar respuesta a su petición, por lo que luego de radicar tal documental, la accionada le informó que el 18 de mayo de 2016 envió a la AFP OLD MUTUAL los documentos de validación de tiempos laborados. Señaló que en el mes de agosto de 2016 se comunicó con la señora Adriana Naranjo, asistente de recursos humanos de la accionada, quien le indicó que la demora era de parte de OLD MUTUAL, dado que, en cuanto el fondo enviara la liquidación, la empresa procedería a realizar el pago. Manifestó que al solicitar información a OLD MUTUAL, la administradora respondió que la accionada había remitido la certificación laboral por los periodos que estuvo vinculado a la entidad, tiempos que fueron reportados en la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público-OBP, empero al validar en dicho sistema se registró una inconsistencia, porque para el 23 de diciembre de 1993 no estaba laborando, por ende, no era procedente el reconocimiento de un bono pensional, de acuerdo al Decreto 1887 de 1994. Expuso que nuevamente radicó un derecho de petición ante OLD MUTUAL, argumentando que sí tenía derecho al cálculo actuarial por cumplir con los requisitos del aludido Decreto, ante lo cual, la entidad respondió que era posible efectuar el cálculo, siempre y cuando lo solicitara el empleador. Manifestó que elevó peticiones ante la sociedad accionada y la AFP OLD MUTUAL, explicando que la primera, argumentó que la administradora estaba obstaculizando el pago del cálculo actuarial, mientras que la segunda, aseveró que HELMERICH había realizado la solicitud de bono pensional, siendo procedente la de cálculo actuarial. Añadió que la demandada formuló tutela en contra de la AFP OLD MUTUAL, pero el mecanismo judicial no prosperó. Afirmó que el salario sobre el cual se debe realizar el cálculo actuarial es de $333.544, por el que certificó HELMERICH (Fls. 13 a 26).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La sociedad **HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que cumplió con todas las obligaciones laborales para el sector de hidrocarburos vigente al momento de la relación laboral con el demandante, la cual estuvo regida por cuatro (4) contratos de trabajo, así: i) del 01 de septiembre de 1980 al 28 de diciembre de 1980; ii) del 11 de enero de 1981 al 22 de junio de 1993; ii) del 03 de mayo de 1992 al 18 de octubre de 1993; y iv) del 24 de diciembre de 1993 al 31 de marzo de 1994. Afirmó que ya se emitió el bono pensional por los tiempos solicitados, tal como aparece en los formatos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como en la historia laboral del demandante. Explicó que está a la espera de que la AFP OLD MUTUAL llame al demandante para que firme la liquidación del bono pensional, con el fin de proceder a hacer la liquidación del

bono pensional tipo A ante la OBP el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de tal forma que pueda efectuar el pago. Expuso que el demandante estaba vinculado a la empresa para el 01 de octubre de 1993, fecha que el ISS señaló como obligatoria para afiliar a los trabajadores del sector petrolero. Igualmente, aseguró que el último contrato laboral con el demandante inició con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que al afiliarse al sistema general de pensiones eligió a la AFP PORVENIR. Expuso que el 15 de mayo de 2003 radicó el certificado de tiempo laborado del actor, a COMPUREDES (hoy CENISS), quien actuaba en nombre de las administradoras de fondos de pensiones, con el fin de tramitar la emisión del bono pensional tipo A. Argumentó que ha realizado el mismo procedimiento en los casos de otros ex trabajadores vinculados a otros fondos privados, sin embargo, la AFP OLD MUTUAL, es la única que ha presentado inconvenientes. Señaló que el 31 de marzo de 2017, la AFP OLD MUTUAL informó que los tiempos laborados por el trabajador no hacen parte de un bono pensional por no haberse cotizado al ISS, hoy COLPENSIONES, sino que, dichos periodos corresponden a una omisión del empleador, por lo que deben ser pagados por medio de un cálculo actuarial, a través de la AFP y no por la OBP del Ministerio de Hacienda, sin embargo, arguyó que tal informe desconoce que la norma aplicable es la que corresponde a la constitución de un bono pensional tipo A. Presentó como excepciones de mérito las de «improcedencia del cálculo actuarial título pensional por no cumplirse los presupuestos normativos-constitución de bono pensional tipo A», «prescripción», «buena fe» y «genérica» (Fls. 43 a 68).

Teniendo en cuenta que la sociedad **HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO** propuso como excepción previa la de «excepción falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva» (Fls. 155 a 164), el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 31 de julio de 2018, ordenó integrar al contradictorio a la **AFP OLD MUTUAL**, quien contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que sólo podrá efectuar el cálculo actuarial cuando la accionada HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO allegue toda la documental requerida para tal fin. Explicó que para realizar el cálculo actuarial por omisión, el empleador debe realizar la solicitud y anexar el documento de conciliación suscrito por el trabajador, en el que acepte el periodo y salario reportado para hacer el cálculo, así mismo, el certificado de existencia y representación legal, el modelo de acuerdo de normalización de aportes y una prueba sumaria que dé cuenta de la relación laboral. Afirmó que la sociedad HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO, no allegó el documento de conciliación, ni el acuerdo de normalización debidamente diligenciado. Señaló que al tenor del artículo 1 del Decreto 1887 de 1994, el demandante no tiene derecho a un bono pensional porque

no tenía una relación laboral vigente para el 23 de diciembre de 1993. Presentó como excepciones de mérito las de «prescripción» y «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» (Fls. 197 a 209).

AUTO APELADO

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del diez (10) de junio de 2019, en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, resolvió no decretar los testimonios solicitados por la accionada HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO, argumentando que son innecesarios, toda vez que lo que se debate es un punto de derecho que se definirá con los medios de prueba aportados al expediente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada judicial de **HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO** interpuso recurso de apelación en tanto se negaron los testimonios solicitados, argumentando que dicha prueba es procedente para resolver el litigio fijado, esto es, dilucidar si procede el cálculo actuarial en la modalidad de bono pensional tipo A, puesto que los testigos conocen el trámite. Explicó que dentro de ellos, está COMPUREDES, la entidad que designó ASOFONDOS para dar solicitar los documentos necesarios para realizar el cálculo actuarial. Igualmente, manifestó que la señora María del Pilar Cortes Muñoz, en su calidad de coordinadora de operaciones de la empresa CENISS, puede indicar cómo se hace la emisión de bonos pensionales de las empresas privadas que tenían a su cargo el pasivo pensional; que el señor Julio Alberto Gómez Rojas, como coordinador de operación de la empresa consorcio ASD SERVICES puede informar cuál es el trámite de reconocimiento en casos como el sub lite, en los que se trata de trabajadores de empresas privadas que tenían a su cargo el pasivo pensional y por ser afiliadas al RAIS, el pago debe hacerse por medio de un bono pensional tipo A; y que la señora Adriana Arango Mendoza es la encargada de la constitución de bonos pensionales y títulos pensionales de la sociedad HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO. Afirmó que los testimonios son pertinentes, dado que existe una confusión entre el concepto del cálculo actuarial como género y el bono pensional como especie.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El proveído dictado en la audiencia del 10 de julio de 2019 es apelable de conformidad con el numeral 4º del artículo 65 del C.P.L. y de la S.S., puesto que se

negó la práctica de la prueba testimonial solicitada por la demandada HELMERICH AND PAYNE COL DRILLING CO.

Al respecto, se tiene que lo que corresponde definir en el presente asunto es un punto o asunto de puro derecho frente a la pretensión principal del pago del bono pensional o cálculo actuarial pensional; y con la prueba documental arrimada a los autos, resulta innecesario por ser suficiente lo que ya obra incorporado en el expediente, para definir si lo que procede es la expedición de un cálculo actuarial o un bono pensional Tipo A en este litigio en particular, máxime, tales figuras se encuentran reguladas en la 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios.

En esa medida, recordemos que conforme al artículo 61 del CPTSS, en armonía con el 167 del CGP, el Juez de acuerdo con las particularidades del caso puede determinar dentro de las facultades que le son inherentes de dirección formal y material del proceso, sin menoscabo de la salvaguarda de los derechos fundamentales de las partes, pero con el norte del equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite (artículo 48 CPL), cuál de los medios probatorios utilizar para acreditar un determinado hecho y por ende, no es obligatorio acceder a determinada prueba por vía de la petición que haga una de las partes en la medida que la considere como en este caso innecesaria e inconducente. En esa medida, la negativa a decretar y practicar la prueba testimonial que echa de menos la accionada, no se avizora contraria a las normas adjetivo procesales, ni violatorias del derecho de defensa y debido proceso.

Bajo esas consideraciones, encuentra la Sala que debe confirmarse en su integridad la decisión de primer grado. Sin que haya lugar a imponer costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto dictado el 10 de julio de 2019 por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 28 de abril de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la accionada HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO a pagar a favor del demandante y SKANDIA S.A, antes OLD MUTUAL, el valor del título pensional o reserva actuarial, de que trata el Decreto 1887 de 1994 por los periodos comprendidos entre: i) el 01 de septiembre de 1980 al 28 de diciembre de 1980 con un salario de cotización de $133.640; ii) el 11 de enero de 1981 al 22 de junio de 1983 con un salario de cotización de $44.199; iii) el 03 de mayo de 1992 al 18 de octubre de 1993 con un salario de cotización de $389.009; iv) el 24 de diciembre de 1993 al 31 de marzo de 1994 con un salario de $644.663.

Para arribar a esta decisión, señaló en síntesis que pese a que la accionada HELMERICH considera que se debe aplicar el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que, el literal aplicable es el d), precisando que en esos casos el computo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, traslade con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente al trabajador afiliado a la AFP, el cual estará representado por un bono o título pensional. Explicó que el cálculo actuarial es el género que puede ser representado por un bono o título pensional. Manifestó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha reiterado que el pago del título pensional por reserva o cálculo actuarial obedece a una omisión del empleador que tenía la obligación de pagar las pensiones de sus trabajadores, entendiendo que existía un deber de aprovisionamiento, que al no ser cumplido daba lugar a una omisión, por ende, encontró que es procedente dar aplicación a los Decretos 1887 de 1994 y 1474 de 1997, con el fin de liquidar dicha reserva. Precisó que el Decreto 1887 de 1994 también habla de los empleadores que tenían a su cargo el pasivo pensional, no obstante, consideró que la accionada HELMERICH olvidó que el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el Decreto 1474 de 1998 señaló que en caso de que el empleador no haya afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, sólo será procedente el cómputo para la pensión del tiempo trascurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema y la afiliación tardía cuando se entregue la reserva actuarial o título pensional correspondiente, calculado conforme con el Decreto 1887 de 1994, es decir, que no hay lugar al bono pensional tipo A. Respecto de los salarios para efectuar el cálculo, explicó que de acuerdo al acervo probatorio, los salarios acreditados para cada año de la relación laboral entre las partes se mantendrán incólumes, toda vez que no traspasaron los límites de los montos asegurables.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada judicial de **HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO** interpuso recurso de apelación, argumentando que no se tuvo en cuenta que el demandante estuvo vinculado a la empresa con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que, es aplicable el literal c) del artículo 33 de aquella ley, no el literal d), toda vez que la empresa no omitió de manera arbitraria el pago de los aportes a seguridad social, contrario sensu, cumplió con el aprovisionamiento y es por ello, que se deben trasladar las semanas al fondo de pensiones del demandante, es decir, SKANDIA S.A. Aseveró que ese aprovisionamiento se debe pagar por medio de un bono pensional tipo A, teniendo en cuenta que el demandante pertenece al RAIS, conforme con el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, así como el Decreto 1299 de 1994. Manifestó que incluso COMPUREDES le solicitó a la empresa iniciar con los trámites para trasladar el valor de esas semanas a la historia laboral, a través del bono pensional tipo A, labor que fue adelantada por aquella, tal como lo hizo en varios casos de ex trabajadores afiliados a otras AFP, en las que tramitaron el traslado de las semanas por medio de un bono pensional, sin inconveniente alguno. Resaltó que la empresa empleadora no incurrió en una omisión porque realizó el aprovisionamiento, aunado a que ha realizado todas las gestiones para trasladar esas semanas a la historia laboral del demandante, traslado que se debe efectuar por medio de un bono pensional tipo A, conforme con el Decreto 1748 de 1995, por ser el aplicable al sub lite. Afirmó que la AFP no ha realizado ninguna gestión para tramitar el bono y liquidar el valor a pagar, siendo imposible para la empresa realizar el pago. Expuso que en el bono pensional o certificación del Ministerio de Hacienda obrante a folio 135 del plenario, aparecen unas inconsistencias, dentro de ellas, la #3628, en la que se indica que la AFP debe verificar la existencia y la historia laboral válida para el bono pensional y reportarla al ISS o incluir la certificación de historia laboral con otros empleadores diferentes a dicha entidad, trámite que la AFP no adelantó. Igualmente, frente a la inconsistencia #3665, explicó que el demandante tuvo un contrato laboral con posteridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que, el aprovisionamiento podía ser trasladado mediante un bono pensional. Resaltó que dicho documento del Ministerio de Hacienda da cuenta de que la solución estaba en manos de la AFP, de conformidad con el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, sin embargo, la entidad no cumplió con lo que le correspondía. De otro lado, solicitó se modifique la condena en costas impuesta a la sociedad, teniendo en cuenta que las costas y agencias en derecho buscan sufragar los gastos en los que incurrieron las partes, precisando que todas las pruebas decretadas fueron documentales, sin que la parte actora o la AFP OLD MUTUAL tuvieran que sufragar gastos relevantes que ameriten la condena en

costas por ese valor. Arguyó que no se cumplen los presupuestos establecidos en el Acuerdo PSAA1610554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, para condenar en costas a la accionada. Reiteró que la sociedad empleadora nunca ha negado que el demandante tiene derecho a que el aprovisionamiento se traslade a su historia laboral, lo cual se debe realizar a través de un bono pensional, por estar afiliado a un fondo privado, en estricta aplicación del Decreto 1748 de 1995, toda vez que nunca existió una omisión en el pago de aportes a seguridad social. Finalmente, solicitó que se tase el valor de las costas procesales, verificando las gestiones se realizaron en el proceso.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO, presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia. La parte accionada OLD MUTUAL, hoy SKANDIA S.A., solicitó se confirme la decisión. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, en virtud de las materias objeto del recurso de apelación, corresponde a esta Corporación, establecer si le asiste el derecho al actor a la expedición del bono pensional o cálculo actuarial, por el tiempo dejado de cotizar por su empleador. Por último, se pronunciará sobre las costas procesales.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se advierte que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo entre las partes, toda vez que la empresa al contestar la demanda aceptó la existencia del mismo por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 1980 al 28 de diciembre de 1980, del 11 de enero de 1981 al junio 22 de 1983 y del 24 de diciembre de 1993 al marzo 31 de 1994; así como el hecho que el empleador no efectuó los respectivos aportes por no existir tal obligación; hechos que son aceptados por el empleador demandado desde el momento de trabarse la litis, siendo además definidos por el a quo y no son motivo de alzada, razón por la cual, se procede a definir el problema jurídico.

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

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

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

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

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

Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

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

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para

> *efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal…».*

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

En este orden de ideas, considera la Sala que sin desconocer los acertados argumentos expuestos en el recurso de apelación, se advierte que en aplicación del aludido criterio jurisprudencial, los aspectos relevantes de su inconformidad ya están resueltos en forma desfavorable, toda vez que se admite que para los periodos laborados no existía la obligación legal de afiliación, sin embargo, en una aplicación sistemática de las normas que regulan seguridad social en pensiones, se colige que tal situación no puede afectar el derecho pensional de los trabajadores, además, debe decirse que en cuanto al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se aclara por la Sala que este no se inaplica vía excepción de inconstitucionalidad, por el contrario, en un entendimiento armónico y coherente con los principios que orientan la seguridad social en pensiones en el sistema integral de la seguridad social que se edifica a partir de la Ley 100 de 1993, el artículo 33 debe ser entendido en aplicación del principio del principio tuitivo característico de ésta jurisdicción, pues al efecto allí se indicó que éste aplica en casos como el presente en virtud de la consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger la totalidad de los trabajadores subordinados, por lo que su alcance debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

Ahora bien, con relación a los reparos de la alzada, atinentes a que lo correcto era que se emitiera un bono tipo A, advierte la Sala, que conforme a pronunciamiento hecho en anterior oportunidad en casos como el que acá nos ocupa, frente a la misma demandada[1], que aunque está acreditado en el plenario que el demandante se trasladó del RPM al RAIS en el mes de junio de 1994 mediante afiliación que realizara a la PORVENIR (folio 111), lo pretendido por la recurrente no resulta posible pues el bono pensional tipo A corresponde expedirlo únicamente a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, actualmente Colpensiones, con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS al que se efectuó el traslado de régimen, siendo esta la forma en que se transfieren los recursos por los tiempos efectivamente cotizados en el régimen anterior y siempre que se cumplan los presupuestos previstos en el artículo 2 del Decreto 1299 de 1994, dentro de los que se encuentra el haber cotizado o estar cotizando al instituto de los seguros sociales que no es lo que ocurre en el presente caso pues lo que procura el demandante en el libelo genitor, no es otra cosa que el pago de sus aportes a pensión por parte de su ex empleadora.

En ese orden de ideas, resulta consistente con las pretensiones de la demanda *«el título pensional»*, también denominado *reserva actuarial*, que es emitido por las empresas privadas que tenían a su cargo el pago de las pensiones de sus empleados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a efectos de que la administradora de pensiones, en este caso OLD MUTUAL por ser la entidad a la que se encuentra afiliado el actor, tenga en cuenta ese tiempo laborado cuando vaya a efectuar el reconocimiento pensional o la devolución de saldos correspondiente.

Finalmente, en lo que respecta al valor de las agencias en derecho tasadas por el Juez de Primera Instancia, es menester precisar que la oportunidad procesal pertinente para dicho propósito es con la notificación del auto que aprueba las costas procesales de conformidad con lo previsto en el numeral 5º del artículo 366 del CGP, el cual dispone que la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. De tal manera que no le es posible a la Sala pronunciarse en este momento procesal al respecto.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con los argumentos expuestos, con los cuales se responde en forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto. Así se decidirá, sin costas en esta instancia.

[1] Sentencia del 30 de julio de 2021, dentro del proceso RAD. 31 2019 00055 02. M.P. Diego Roberto Montoya Millán

DECISIÓN

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

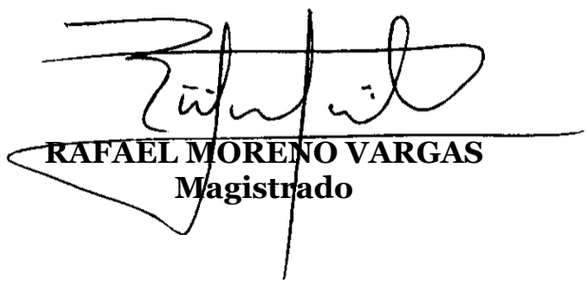
RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por ALVARO HINCAPIE VALLEJO Y OTROS contra TRAPEZE SAS Y OTROS. Rad. 110013105-029-2019-00041-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación formulados por la parte actora y las accionadas TRAPEZE SAS y TECNITANQUES INGENIEROS SAS, contra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

Los señores **ALVARO HINCAPIE VALLEJO, LUZ MERY RODRIGUEZ ANDRADE, LINE GISELA HINCAPIE RODRIGUEZ, LILIBETH HINCAPIE RODRIGUEZ y JHOINER ANDRÉS HINCAPIE RODRIGUEZ,** en calidad de padre, madre y hermanos del trabajador fallecido, el señor PEDRO LUIS HINCAPIE RODRIGUEZ, instauraron demanda ordinaria laboral contra TRAPEZE SAS, TECNITANQUES INGENIEROS SAS y JHON FREDY BELLO GUEVARA, con el fin de que se declare su responsabilidad solidaria por culpa patronal, en el accidente sufrido por el trabajador, el día 15 de julio de 2017, el cual ocurrió por falta de medidas de previsión e incumplimiento de normas de salud ocupacional y riesgos profesionales. En consecuencia, se condene a los demandados al pago de los perjuicios patrimoniales, morales y a la vida en relación, junto con la

indexación, los intereses corrientes y moratorios. Finalmente, que se condene a los accionados a lo ultra y extra petita, más las costas procesales y agencias en derecho.
Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicaron que el señor PEDRO LUIS HINCAPIE RODRIGUEZ laboró con TRAPEZE SAS, desde el 26 de mayo de 2016 hasta el 15 de julio de 2017, mediante un contrato laboral a término indefinido y con una remuneración de $1.000.000. Manifestaron que el accidente en el que falleció el señor PEDRO LUIS HINCAPIE RODRIGUEZ, ocurrió el 15 de julio de 2017, entre las ocho (8) y (9) de la mañana, en el Parqueadero Las Canteras, ubicado en el municipio de Bello, Antioquia, mientras aquel realizaba una actividad denominada «desmonte y movilización del equipo Grúa Terex T75». Explicaron que al momento del accidente, el trabajador prestaba sus servicios a TECNITANQUES INGENIEROS SAS, toda vez que aquella sociedad había contratado a TRAPEZE SAS para el desarrollo de desarrollo de actividades, servicios y tareas propias de su objeto social. Expresaron que el señor FREDY BELLO GUEVARA, era el jefe inmediato del trabajador fallecido para el momento del accidente, quien también fungía como representante legal de la sociedad TRAPEZE SAS e incumplió con las normas de seguridad industrial, riesgos profesionales y protocolos de trabajo seguro. Afirmaron que el trabajador falleció por el incumplimiento sistemático de las obligaciones legales y reglamentarias a cargo de los demandados, tales como la visita y revisión previa del lugar en el que ocurrió el accidente, la capacitación del trabajador para realizar la maniobra de desmonte de las contrapesas, aunado a que TRAPEZE no respetó la distancia mínima en materia de líneas de conducción de electricidad respecto del sitio del accidente. Resaltaron que los demandados no implementaron procesos, mecanismos y demás medidas tendientes a evitar los accidentes y enfermedades laborales; que no tenían un comité paritario de salud ocupacional; que no visitaron periódicamente el sitio del accidente; que no expidieron informes sobre los niveles de accidentalidad y enfermedades laborales registradas; que no garantizaron el funcionamiento de un programa de salud ocupacional. Argumentaron que los demandados incumplieron el Protocolo para Trabajos con Riesgo, el Instructivo IZAJE Mecánico de Cargas, el Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo y el Programa de Prevención contra Caídas (Fls. 315 a 338).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El señor **FREDY BELLO GUEVARA**, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, manifestando que es sólo un trabajador de TRAPEZE SAS y que al momento del accidente sufrido por el señor PEDRO LUIS HINCAPIE RODRIGUEZ, también recibió una descarga eléctrica que le generó

lesiones y casi le produce la muerte, de tal forma que no hay lugar a declarar su responsabilidad por culpa patronal. Aseveró que no era el jefe directo del trabajador fallecido, sino que su cargo era el de operador de grúa, aclarando que tampoco era el representante legal de TRAPEZE SAS, puesto que ese cargo era ocupado por la señora ANDREA DEL PILAR FRANCO DIAZ. Formuló como excepciones de fondo las de «buena fe de la demandada», «cobro de lo no debido», «enriquecimiento sin causa» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 381 a 385).

Las sociedades **TECNITANQUES INGENIEROS SAS y TRAPEZE SAS,** contestaron la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, en similares términos, argumentando que no se probó que la muerte del trabajador haya ocurrido por falta de medidas de previsión, negligencia, imprudencia o violación de reglamentos, siendo la parte actora la encargada de probar la existencia de la culpa del empleador, conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ. Arguyó que el empleado fallecido recibió capacitaciones para realizar las funciones de su cargo, las cuales fueron avaladas por la ARL, hecho que fue constatado por el Ministerio del Trabajo, entidad que además manifestó mediante Resolución No 1075 de 2018, que la sociedad TRAPEZE estaba cumpliendo con las normas de Seguridad y Salud en el Trabajo y Riesgos Laborales. Resaltó que el accidente sufrido por el trabajador fallecido fue causado por su propia negligencia e incumplimiento de los parámetros para realizar la labor, tal como lo narró el señor FREDY BELLO GUEVARA ante la Fiscalía. Formuló como excepciones de fondo las de «buena fe de la demandada», «cobro de lo no debido», «enriquecimiento sin causa» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 817 a 834).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 16 de junio de 2021, declaró que entre el señor PEDRO LUIS HINCAPIE RODRIGUEZ y TRAPEZE SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de mayo de 2016 hasta el 15 de julio de 2017, desempeñando el cargo de aparejador y devengando un salario mensual de $1.377.000. Igualmente, declaró que existió culpa patronal en el accidente de trabajo ocurrido el 15 de julio de 2017, en el que falleció el empleado. En consecuencia, condenó a TRAPEZE SAS y de manera solidaria a TECNITANQUES INGENIEROS SAS, al pago de $382.764.549 por concepto de perjuicios materiales a favor de la madre del trabajador fallecido, así como, al pago perjuicios morales, correspondientes a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los padres del trabajador y veinte (20) salarios

mínimos legales mensuales vigentes para cada hermano del fallecido. Absolvió al señor JHON FREDY BELLO GUEVARA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que al tenor de la Ley 1562 de 2012, el accidente sufrido por el señor PEDRO LUIS HINCAPIE fue de carácter laboral, tal como lo determinó la ARL SURA, entidad que encontró que el fallecimiento ocurrió por un arco eléctrico producido mientras realizaba la labor de desmonte de contrapesa de una Grúa Terex T 750 de 5 toneladas, al momento de realizar el giro de la pluma esa genero algo eléctrico con unas líneas de media tensión, el trabajador cayo afectado, inconsciente y minutos después falleció, por lo que se calificó como accidente de trabajo por ARL SURA. Explicó que el artículo 216 del CST consagra que cuando existe culpa suficiente comprobada por parte del empleador, en el accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, le corresponde pagar la indemnización de perjuicios, señalando que de acuerdo con la doctrina, la culpa patronal se puede presentar por negligencia, imprudencia o impericia del empleador, por lo que se debe acreditar que el daño sufrido fue causado por la conducta de aquel, en tanto, incumplió con su deber de velar por la seguridad de sus trabajadores, al tenor de los artículos 56 y 57 del CST y al artículo 84 de la Ley 9 de 1979, concluyendo que todas las normas laborales y de seguridad social han propendido por la protección del trabajador, en el sentido de que el empleador debe tomar las medidas necesarias para evitar los accidentes y enfermedades laborales. En ese orden, resaltó que el informe de la ARL SURA sobre el accidente de trabajo, expuso que dentro de las causas inmediatas del accidente se encuentra la colocación inadecuada de la grúa, pues estaba cerca de las líneas de alta tensión, sin tener un control de riesgos y condiciones del parqueadero, aunado a que, el Protocolo para Trabajos con Riesgo Eléctrico de TRAPEZE, estableció que cuando en las inmediaciones de la obra existan líneas eléctricas se deben tomar las medidas necesarias para evitar aproximarse a dichas líneas eléctricas, esto es, una distancia de seguridad mínima de cinco (5) metros, así como evaluar el entorno, las condiciones climáticas y los peligros, precisando que se deben considerar técnicas adecuadas para medir dicha distancia, tales como, telémetros, medidores de distancia, laser o levantamiento topográfico y en caso de realizar operaciones en instalaciones de una empresa eléctrica se requiere su autorización. Recordó que conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es necesario que las empresas cumplan con la totalidad de las medidas para que se presente el menor porcentaje de riesgo posible para el trabajador, es decir, que debe actuar como un buen padre de familiar, incluso, asegurándose de que sus empleados cumplan con los manuales de seguridad en el trabajo y utilicen los elementos de

protección. En ese sentido, encontró que pese a que las accionadas tienen todos los protocolos para el desarrollo de la actividad, lo cierto es que no acreditaron que adoptaron todas las precauciones y cumplieron con dicha normatividad, derivando la existencia de culpa patronal en el accidente sufrido por el señor PEDRO LUIS HINCAPIE. Aseveró que la empresa tenía conocimiento de la operación que se realizaría, por lo que debió, por lo menos indagar si el parqueadero tenía todas las condiciones necesarias para tal fin, máxime teniendo en cuenta que el trabajador fallecido y el señor FREDY BELLO no conocían el amperaje de esas cuerdas de alta tensión. Halló que si se hubiese aplicado correctamente el protocolo, el accidente no se habría producido, aclarando que era deber de la empresa asegurar que el protocolo se cumpliera, por medio de sus trabajadores, ya sea el operador de la grúa o el supervisor. En gracia de discusión, manifestó que aun cuando haya mediado culpa del trabajador, en materia laboral no se admite la concurrencia de culpas, por cuanto el incumplimiento del trabajador no excusa al empleador del acatamiento de sus obligaciones.

En relación con la responsabilidad solidaria de las sociedades accionadas, expresó que de acuerdo con el artículo 34 del CST, TECNITANQUES está llamada a responder solidariamente por las condenas impuestas a TRAPEZE, dado que las labores desarrolladas por el señor PEDRO LUIS HINCAPIE no son ajenas al objeto de dicha sociedad, aunado a que no se probó que en efecto para ese momento, el contrato entre ambas sociedades hubiera finalizado.

Finalmente, arguyó que sólo es procedente el pago de perjuicios patrimoniales a la madre del señor PEDRO LUIS HINCAPIE, dado que fue la única que demostró su dependencia económica, ante la ARL SURA, que le reconoció la pensión de sobreviviente.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora presentó recurso de apelación parcial contra la tasación de los perjuicios morales, argumentando que pese a que no existe una tasa para determinar de forma exacta los perjuicios de ese tipo, es posible acudir a los criterios que ha fijado el Consejo de Estado, los cuales, a su juicio, no fueron observados. Arguyó que tampoco se evaluaron de forma específica los criterios para la calificación de perjuicios morales que ha desarrollado la CSJ, respecto de cada uno de los demandantes, explicando que la indemnización para la madre del trabajador fallecido debió ser más alta porque vivían juntos y tenían un contacto más cercano, así como el de las señoras LINE GISELA Y LILIBETH HINCAPIE

RODRIGUEZ, quienes eran más cercanas al señor PEDRO LUIS HINCAPIE, tal como lo manifestaron los testigos.

El apoderado de las accionadas, interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión, argumentando que la interpretación dada al artículo 216 del CST fue arbitraria, puesto que la A quo hizo uso desmedido de la interpretación extensiva para condenar a las sociedades y contradecir las decisiones del Ministerio de Trabajo. Precisó que el Ministerio del Trabajo y la Fiscalía General de la Nación, ordenaron el archivo de las investigaciones por el accidente de trabajo, dado que luego de hacer presencia en el lugar de los hechos y de adelantar las gestiones correspondientes, corroboraron que no existió culpa, negligencia, descuido, imprudencia o dolo en tal suceso. Señaló que no existe dictamen o prueba de autoridad competente, contra las sociedades demandadas, en las que se endilgue responsabilidad a ellas, de forma que no se acreditó que la muerte del trabajador haya sido causada por falta de medidas de prevención o incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Recalcó que se debió determinar la existencia de negligencia por parte del trabajador a la hora de cumplir con los lineamientos de las empresas. Aseguró que la tasación de los perjuicios materiales y morales fue desproporcional, máxime cuando la parte actora no probó que dependiera económicamente del señor PEDRO LUIS HINCAPIE. Manifestó que el cargo desempeñado por el trabajador fallecido era el de aparejador, por lo que conocía los protocolos para dirigir desde tierra la maniobra, por cuanto estaba capacitado para ello. Esgrimió que se acreditó que las accionadas tenían todos los protocolos para realizar la labor y que suministraban los elementos de seguridad a los trabajadores, pues de ello da cuenta el informe de levantamiento de la Fiscalía, en el que se indicó que las prendas de vestir correspondían a la dotación entregada por la empresa. Recordó que se acreditó que la empresa tiene un comité paritario de salud ocupacional, no obstante, no todas las actividades requieren el acompañamiento de tal órgano. Explicó que el artículo 216 del CST establece que no es suficiente con la ocurrencia del accidente, sino que se requiere que exista culpa del empleador, precisando que pese a que no se establece un grado, el artículo 1604 del Código Civil dispone que las partes de un contrato con beneficio recíproco, responden por la culpa leve. Afirmó que conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ para que sea procedente el pago de la indemnización de perjuicios, es menester que la parte actora demuestre plenamente la culpa del empleador.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la sentencia en relación a la asignación de los perjuicios morales. De otro lado, el apoderado de las accionadas presentó alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de primera instancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS

En virtud de las materias objeto de los recursos de apelación formulados por una y otra parte, corresponde a esta Corporación establecer si en la ocurrencia del accidente de trabajo ocurrido el 15 de julio de 2018 sufrido por el causante medió culpa patronal, de ser así, se revisará la tasación de los perjuicios morales y si deben ser aumentados los patrimoniales en favor de la madre del causante.

CONSIDERACIONES

1) DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

No es materia de controversia que entre el causante PEDRO LUIS HINCAPIE RODRÍGUEZ y la TRAPEZE S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 26 de mayo de 2016 hasta el 15 de julio de 2017, tampoco se enderezó reproche alguno en cuanto a que la causa de la muerte del señor PEDRO LUIS HINCAPIE RODRÍGUEZ, conforme lo acredita la Fiscalía 194 Seccional de Medellín y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fls.166-167), fue accidental por *DESCARGA ELÉCTRICA*, como tampoco se cuestionó el hecho que el hecho ocurrió mientras realizaba labores de desmonte de *contrapesa de una grúa TEREX T 750 de 75 Toneladas, al momento de realizar el giro de la Pluma, esta generó arco eléctrico con una línea de media tensión, el trabajador cayó afectado, inconsciente y minutos después falleció*. En tal sentido, tampoco es objeto de debate que el accidente fue calificado como accidente de trabajo por parte de la ARL SURA (Fls. 9 a 11, 42 a 44)

DE LA CULPA PATRONAL

Ahora bien, para seguir en orden metodológico de los puntos de alzada planteados por ambas partes, se adentrará esta Colegiatura en lo pertinente a sí existió culpa

patronal en el accidente ocurrido el día 15 de julio de 2018, para lo cual, se deben hacer las siguientes precisiones:

La culpa patronal se erige como elemento determinante para derivar la responsabilidad subjetiva del patrono que ha incumplido con una de las obligaciones esenciales que emergen de la relación laboral en brindar protección y seguridad a sus trabajadores, conforme lo prevé el art. 56 del C.S.T; concatenada con la obligación especial, que le impone el numeral 2, del art. 57 de la misma obra, consistente en «*procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud*»; es así, como la culpa que toma el artículo 216 del CST, para dar cabida a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios a cargo del empleador, se equipara a la culpa leve de que trata el artículo 63 del Código Civil, definida como aquella falta de diligencia y cuidado que debe emplear un hombre en sus negocios propios, o inclusive, como la falta de cuidado que ejerce un buen padre de familia. Amén de lo dicho, la culpa patronal entraña un mínimo de protección, que debe estar apegada a las exigencias de la Ley y los reglamentos que propugnan por la adopción de un sistema de prevención de riesgos laborales al interior de la empresa empleadora, lo cual conlleva que el empleador esté obligado a diseñar una matriz de riesgos a través de la cual pueda tener conciencia de las contingencias a las que se ven expuestos sus trabajadores, por lo que se pueden presentar dos situaciones a saber: (i) la primera, que a pesar de tener conocimiento del daño que puede ocasionar el colocar a su trabajador en determinadas circunstancias de riesgo, aun así, confía en poder evitarlo, o (ii) la segunda, cuando ni siquiera ha gestionado un sistema de identificación, medición y prevención de riesgos; a pesar que el mismo es previsible por el conocimiento fáctico del empleador o la experticia con que cuenta para poder hacer o realizar una proyección de los riesgos a que somete al trabajador.

Es por lo anterior, que para poder detectar la configuración de una culpa patronal, necesariamente ello conduce a desentrañar los elementos de la responsabilidad civil en la ocurrencia de un siniestro, que contempla todos aquellos elementos básicos de la responsabilidad que acoge el derecho común, siendo estos, fundamentalmente, los siguientes:

(1) Un hecho dañoso imputable al empleador, esto es, un accidente de trabajo o enfermedad profesional;
(2) La culpa patronal antes descrita.
(3) El daño o los perjuicios ocasionados a la víctima; esto es, la incapacidad permanente parcial, invalidez o muerte ocasionada a un trabajador; y

(4) El nexo causal entre el daño y la culpa, supuesto que requiere que el perjuicio sufrido por el trabajador, o su familia, sea el resultado de la culpa del empleador, es decir, que de haber actuado el empleador con la diligencia y cuidado debidos, no se hubiera ocasionado el siniestro laboral.

Lo anterior denota una característica distintiva de la culpa patronal, y es que el tipo de responsabilidad que de ella se deriva es subjetiva, caso en el cual se puede reclamar la reparación plena de perjuicios. A este respecto, conviene aclarar, que existen dos tipos de reparación de perjuicios ante la ocurrencia de un accidente de trabajo, uno cuya responsabilidad es de tipo subjetivo referente a la responsabilidad del empleador en el acaecimiento del siniestro laboral, en tanto que se deriva de la comprobación de la culpa patronal, evento en el cual, el empleador está obligado a la reparación plena de todos los perjuicios que se prueben en el proceso laboral, esto es, los daños materiales, que comprenden el daño emergente y el lucro cesante, así como los daños inmateriales causados; y otra, cuya responsabilidad es de carácter objetivo, es decir, que basta con que se compruebe la existencia del accidente de trabajo, medie o no la culpa patronal, cuya indemnización es tarifada, es decir, que el valor a reparar está definido por la Ley según el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral o muerte del trabajador, reparación que está a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales a la que se encuentre afiliado el trabajador, y no excluye la indemnización plena de perjuicios, es decir, que ambas pueden ser concurrentes, de modo que ambas se derivan de responsabilidades, fuentes normativas y destinatarios diferentes.

Ahora bien, el punto álgido se suscita principalmente en lo que atañe a la carga de la prueba de la culpa patronal, frente a lo cual, la doctrina probable que ha desarrollado la Alta Corte de esta especialidad, enseña que en principio es deber del trabajador demandante demostrar la negligencia o culpa de su empleador, y en tal caso, el empleador puede contradecirla, acreditando que actuó con suficiente diligencia y cuidado, en su deber de protección. Es preciso remembrar, que de antaño y concretamente en los pronunciamientos del 10 de marzo de 2005, radicado 2005; y 10 de mayo de 2006, radicado 26126, la Corte había establecido una criterio de ventaja probatoria para el trabajador, que apuntaba a que a éste sólo le correspondía probar los hechos que dieran cuenta del accidente de trabajo; entre tanto, al empleador que fuere demandado por el incumplimiento de sus obligaciones patronales, debía asumir la inversión de la carga de la prueba, y en consecuencia, aportar los elementos de convicción que acrediten que actuó con diligencia y cuidado.

Esta postura se ha morigerado al acoplarse con el principio procesal que orienta el actual régimen probatorio, atinente a que corresponde a las partes probar los hechos de su incumbencia, esta nueva tendencia jurisprudencial no desecha la inversión de la carga de la prueba que viene impregnando el precedente jurisprudencial, pero si exige un despliegue probatorio más proactivo por parte del trabajador litigioso, pues no puede bastar con que acredite la ocurrencia de un accidente de trabajo, pues para que se pueda dar cabida a la plurimencionada inversión de la carga de la prueba, al menos debe acreditarse por parte del trabajador, lo siguiente:

- Acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el accidente de trabajo.
- Comprobar el nexo causal entre la falta de diligencia y cuidado por parte del empleador y el accidente, es decir, que la omisión patronal en el cumplimiento de sus obligaciones de protección y seguridad, haya sido eficiente y determinante para que ocurriera el infortunio laboral.

Estos raciocinios, han venido siendo acogidos en las sentencias del 7 de octubre de 2015, radicado 49681, en la cual, se hace remembranza, de lo precisado en sentencia SL4350-2015, así:

> *«La censura se duele de que, según su decir, el ad quem no aplicó el artículo 1604 del CC que establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, esto es a la empresa; reproche jurídico que no se aviene a la situación del sublite, puesto que,* ***para beneficiarse el trabajador de los efectos de esta norma del Código Civil, primero él debe probar el incumplimiento de parte del empleador de su deber de protección y seguridad del trabajador, en cuyo evento le traslada a aquel la carga de probar que sí actuó con diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad por la culpa leve que aplica en asuntos laborales como el presente.***
>
> *Al decir el recurrente que acepta las conclusiones fácticas a las que arribó el ad quem, pareciera que la censura fundamenta la supuesta aplicación indebida, por la vía directa, del artículo 216 del CST que le atribuye al ad quem en que, si bien comparte que esta disposición exige «la culpa suficientemente comprobada» cuando se persiga obtener la indemnización plena de perjuicios, lo admite en el entendido de que* ***la empresa siempre tiene a su cargo la prueba de que actuó con la debida diligencia y cuidado, so pena de resultar condenada a la indemnización plena de perjuicios.***
>
> ***Se equivoca el impugnante en su argumento, por cuanto la jurisprudencia tiene asentado, de vieja data, que al exigir el artículo 216 del CST la culpa suficientemente comprobada, le corresponde al trabajador demostrar el incumplimiento de una de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador****, lo cual, según el ad quem, no ocurrió y, para ello, se ha de precisar esta vez que* ***no basta la sola afirmación genérica de la falta de vigilancia y control del programa de salud ocupacional en la demanda,*** *sino que es menester* ***delimitar, allí mismo, en qué consistió el incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio***

> ***contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador, el cual, a su vez, ha de tener nexo de causalidad con las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo generador de los perjuicios, las que igualmente deben ser precisadas en la demanda***» (Resalta y subraya la Sala).

Este razonamiento en torno a la carga de la prueba en la culpa patronal, exige que al menos se hayan acreditado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió el siniestro laboral, para que a partir del conocimiento que tenga el Juzgador sobre la forma en que se dio el accidente, y ante la ausencia probatoria del cumplimiento de los deberes de protección y seguridad industrial, o de actividades seguras en la construcción o alturas, según el caso, se pueda invertir la carga de la prueba, pues de ninguna manera puede sustraerse absolutamente el trabajador de acreditar los hechos de su incumbencia, y reducir su actividad probatoria a la somera acreditación de la existencia de un eventual accidente de trabajo, de modo que si bien es cierto aquél no debe acreditar la culpa patronal en toda la extensión fáctica que se requiere para su configuración, si debe proveer al Juez Laboral de los medios persuasivos que den cuenta de todas las circunstancias que rodearon el siniestro, pues sobre esa base, y de la mano de la ausencia del hecho demostrativo de haber actuado con diligencia y cuidado por parte del empleador, es que se tienen los elementos de juicio para arribar a la conclusión que se está ante una culpa patronal **comprobada,** que es el adjetivo que presupone la norma que consagra la indemnización por el insuceso generado. Tal intelección, también se desprende de lo analizado en reciente sentencia SL3708 de 2017, en la que se razonó:

> *«De tal suerte que el recurrente, en los argumentos expuestos para demostrar la supuesta violación directa de las normas acusadas, con base en la premisa* ***de que no fue establecido en el plenario cómo sucedió el accidente,*** *desconoce de un tajo los razonamientos fácticos que hizo el juzgador y le achaca un yerro que salta a la vista que no cometió, comoquiera que, en momento alguno, el juez de alzada presumió la culpa del empleador o* ***relevó al trabajador de su carga de probarla plenamente.***
>
> *Todo lo contrario,* ***el juez colegiado sí estableció las circunstancias que rodearon el siniestro y*** *que las demandadas no cumplieron con los deberes de cuidado mínimo impuesto, principalmente, por el artículo 56 del CST, pues no halló prueba de que le hubieran entregado al trabajador la dotación que lo protegiera de la conducción de energía, ni que lo hubiesen capacitado para cumplir la actividad riesgosa de cortar los frutos y podar árboles con una vara que podía alcanzar hasta 12 metros».*

Decantado como está que, al menos debe aparecer acreditado dentro del plenario como lo indica la Corte «*las circunstancias que rodearon el siniestro»*; encuentra esta Sala de Decisión que en el caso objeto de estudio, se aportaron como medios de convicción el formulario para determinación de origen del accidente y la muerte expedido por la ARL SURA S.A., en cuyos fundamentos de la calificación y relación de documentos señala frente al reporte de accidente de trabajo: «*LA GRUA TEREX*

Md 2001 de 75 Ton (GRUA TELESCÓPICA), SE UBICABA EN UN PARQUEADERO PARTICULAR (PARQUEADERO CANTERAS) EN EL MUNICIPIO DE BELLO, EN EL KM 1,5 AUTOPISTA MEDELLÍN • BOGOTÁ, SERÍA TRASLADADA A LA CIUDAD DE BOGOTA. UNO DE LOS PASOS PARA REALIZAR ESTE TRASLADO DE LA MAQUINARIA, IMPLICA RETIRAR LAS CONTRAPESAS DE LA GRUA PARA ENVIARLAS EN CAMABAJA AL DESTINO. EL SÁBADO 15 DE JULIO, APROXIMADAMENTE A LAS 7 AM LLEGARON LOS SEÑORES JHON FREDDY BELLO (OPERADOR DE EQUIPO) Y PEDRO HINCAPIE (APAREJADOR - FALLECIDO EN EL EVENTO), PARA RETIRAR LA CONTRAPESA DEL EQUIPO Y PREPARAR LAS CONDICIONES DE CARGUE PARA EL POSTERIOR TRASLADO. EL PERSONAL HABÍA RECIBIDO LA ORDEN POR PARTE DEL SEÑOR JAIRO RIAÑOS, JEFE INMEDIATO, PARA REALIZAR LA MOVILIZACIÓN DEL EQUIPO HACIA BOGOTA, El SIGUIENTE MARTES 18 DE JULIO. APROXIMADAMENTE A LAS 8 AM YA SE HABÍA RETIRADO LA CONTRAPESA DE LA GRÚA, EL PERSONAL SUSPENDIO ACTVIDADES POR UNOS MINUTOS PARA TOMAR UN CAFE PERO NO ENCONTRARON DONDE COMPRARLO CERCA POR LO CUAL CONTINUARON CON LA ACTVIDAD. DECIDIERON ENTONCES "PRESENTAR" LA GRÚA (VERIFICAR RADIOS DE GIRO Y MOVIMIENTOS SEGUROS), POSICIONAN LA GRÚA (ANCLADA SOBRE LOS GATOS HIDRÁULICOS), Y LE DAN EL GIRO A LA GRÚA DONDE ESTABA UBICADA QUEDANDO EN POSICÓN DE MOVIMIENTO CON -EL BRAZO PERPENDICULAR AL EJE DE ROTACIÓN DE LA GRÚA. EL OPERADOR SE ENCONTRABA EN LA CABINA DEL EQUIPO Y EL APAREJADOR ESTABA CERCA AL RADIO DE GIRO DE LA MÁQUINA EN SU TRABAJO DE ORIENTACIÓN. DURANTE ESTE GIRO, EL CABLE DE LA GRÚA HACE PÉNDULO BALANCEADOSE EN EL AREA y ACTO SEGUIDO ROZA O SE PRESENTA UN ACERCAMIENTO CON LOS CABLES DE ALTA TENSIÓN GENERANDO UN ARCO ELÉCTRICO. ESTAS LINEAS ESTABAN UBICADAS A UNOS 4m DE DISTANCIA APROXIMADAMENTE Y SOBRE UNOS 8m DE ALTURA. SEGUNDOS ANTES DEL ARCO, EL APAREJADOR CORRE TRATANDO DE ALCANZAR EL CABLE DE LA GRÚA PARA DETENER LA PENDULACIÓN, LOGRA SUJETARLO CON UNA MANO Y SEGUIDAMENTE LO ASEGURA CON AMBAS MANOS, RECIBIENDO LA DESCARGA ELÉCTRICA Y CAYENDO AL SUELO. EN ESE MISMO INSTANTE CUANDO EL APAREJADOR HALA EL CABLE DE LA GRÚA HACIA LA LINEAS DE ALTA TENSIÓN, EL CABLE ATERRIZA CON LA GRÚA ENERGIZÁNDOLA TODA GENERANDO CONTACTO CON EL OPERADOR DESDE LA CABINA DE LA MÁQUINA. EL OPERADOR LOGRA PRESIONAR EL JOYSTICK DE LA GRÚA (PALANCA DE MANDOS}, APAGÁNDO LA MÁQUINA. -DE INMEDIATO EL OPERADOR BAJA DE LA CABINA PARA AUXILIAR A SU COMPAÑERO, LLAMA A EMERGENCIAS Y

SOLICITA APOYO EXTERNO, UNOS 15 MINUTOS MÁS TARDE LLEGA UNA PATRULLA DE POULIA, CUANDO YA HABÍA FALL ECIDO EL APAREJADOR».

En cuanto a la investigación del accidente, y sus causas, concluyó:

CAUSAS INMEDIATAS		***CAUSAS BASICAS***	
CONDICION SUBESTANDAR	*CONDICION SUBESTANDAR*	*FACTORES DE TRABAJO*	*FACTORES PERSONALES*
4420-Colocados *inadecuadamente. Se ubica Grúa Terex de 75 Ton. Inapropiadamente cerca a líneas de alta tensión.* *4630- Otros riesgos asociados con la propiedad u operaciones de extraños. No se tiene control sobre los riesgos y condiciones del parqueadero donde se ubicó la grúa.* (sic)	***3200-No asegurar o advertir 3201-Flujo de corriente eléctrica. 3200- Falta asegurar adecuadamente. Se decide ubicar la grúa cercana a líneas de alta tensión, Se decide operar la grúa (Movimiento, no izajez) bajo líneas de alta tensión, Se decide en primera instancia ubicar la grúa en ese lugar del parqueadero (no había otro espacio disponible)*** (sic)	***2013-Procedimientos e instalaciones. Los procedimientos e instalaciones externas a la empresa, en este caso los parqueaderos, no están controlados directamente por la empresa, así como los riesgos asociados a ellos.*** (sic)	***1304-Rutina, monotonía, labor sin novedad / Exceso de Confianza. El personal es consciente del riesgo eléctrico, es personal entrenado y certificado, conoce los protocolos de izaje de cargas y maniobras asociadas; así toma decisiones desviadas de los procedimientos de trabajo seguro.*** (sic)

Allí mismo se mencionó lo dicho por el señor Jhon Fredy Bello, compañero y operador de la grúa, quien señaló que *«TENÍA 10 AÑOS DE EXPERIENCIA EN OPERACIÓN DE GRÚAS, HABÍAMOS ACORDADO VERNOS EN EL KM2, 5 AUT. MED-BOG EN EL PARQUEADERO CANTERAS PARA BAJAR LA CONTRAPESA Y PREPARAR LAS CONDICIONES DEL CARGUE PARA EL TRASLADO. LLEGAMOS A LAS 7 AM E INICIAMOS EL TRABAJO, SABIAMOS QUE HABÍAN UNAS LÍNEAS DE ALTA TENSIÓN UBICADAS EN EL ÁREA, SOLTAMOS LA CONTRAPESA, DESCANSAMOS PARA DESAYUNAR PERO FINALMENTE DECIDIMOS DAR DERECHO PARA FINALIZAR EL TRABAJO, DEBIAMOS MOVER LA GRÚA, CAMINARÍA HACÍA ADELANTE, PERO PEDRO SUGIRIÓ QUE LA PRESENTARAMOS ALLÍ MISMO PORQUE ESTABAMOS UN POCO ESTRECHOS, TERNIAMOS UN BUS A UN COSTADO Y UNA CARROCERÍA AL OTRO LADO, DECIDIMOS ENTONCES PRESENTAR LA GRUA EN ESE ESPACIO, LAS LÍNEAS DE.ALTA TENSIÓN ESTABAN A RAS DE LOS GATOS DE ANCLA DE LA GRÚA, ANCLAMOS LA GRÚA DEJANDOIA POSICIONADA TENÍAMOS UN SÓLO CABLE, NO TENÍA LA PATECLA Y EL CABLE HIZO PÉNDULO EN EL GIRO. PEDRO SALE CORRIENDO DE TRAS DEL CAII.E Y LO AGAAIIA CON UNA MANO Y ENSEGUIDA LO SUJETA CON LA OTRA MANO Y CAE Al PISO. YO SENTÍA COMO UN IMÁN QUE ME SACABA HACIA AFUERA DE LA CABINA, SENTÍ UN PUNZÓN EN MI DEDO PULGAR DE LA MANO IZQUIERDA, PERO PUDE TOCAR EL JOYSTICK CON LA IIARIUGA, SE GIRÓ TOTALMENTE LA MÁQUINA Y SE APAGÓ. BAJE A AUXILIAR A MI COMPAÑERO Y LLAMÉ AL 123 […]»*.

También, se hizo alusión a lo dicho por el responsable de vigilancia del parqueadero, SEBASTIÁN QUICENO BETANCUR quien explicó que *«ESTABA EN MI VIVIENDA Y SENTÍ UNA EXPLOSIÓN, SALÍ A VER QUE PASABA Y VI CHISPAS EN LOS CABLES ELECTRICOS DE UNO DE LOS POSTES DE ENERGÍA FRENTE A MI CASA, SOBRE LA CARRETERA; LUEGO VI AL OPERADOR QUE BAJABA APURADO DE LA CABINA DE LA GRÚA A VER LO QUE HABIA SUCEDIDO CON SU COMPAÑERO QUE ESTABA TIRADO EN EL PISO; ESTO FUE CERCA DE LAS 9AM. CORRÍ HASTA EL LUGAR PARA VER LD SUCEDIDO Y AUXILIAR EN LO QUE PUDIERA, EL OPERADOR ESTABA ANGUSTIADO y EL AYUDANTE: ESTABA COMO CONVULSIONANDO O TAMBALEANDO EN EL PISO DURANTE UNOS POCOS SEGUNDOS Y SEGUIDAMENTE. SE QUEDÓ INMÓVIIL. EL AYUDANTE TENIA SU ORÓROL DE CUERPO CONPLETO, GUANTES DE CUERO AMARILLOS, BOTAS DE SEGURIDAD, POR LO QUE NO PUDE OBSERVAR NINGUNA LESIÓN, SÓLO VI SUS OJOS QUE QUEDARON ABIERTOS Y MUY ROJOS. EL OPERADOR TRATABA DE EXPLICAR Y PEDIR AYUDA AL NÚMERO DE EMERGENCIAS […]»*.

De igual manera, en el concepto de emitido por la Administradora de Riesgos Laborales sobre el accidente de trabajo mortal (fls. 867 a 869), se le sugirió a la empresa accionada, como complemento de su investigación, la implementación de las siguientes actividades para la prevención de la ocurrencia de esta clase de eventos:

> *«Actualizar matriz de identificación de peligros y valoración de riesgos, contemplando en la valoración, el evento ocurrido.*
> *• Revisar y ajustar procesos de planeación de actividades, para operación, montaje, desmontaje, ajustes y mantenimiento de las grúas, en el que se contemple análisis detallado de las tareas a realizar, identificando puntos críticos de riesgo y los controles pertinentes para estos; teniendo en cuenta chequeos pre operacionales, equipos y herramientas· requeridos, procedimientos, prácticas seguras, y responsables competentes, adicional a esto disponer los recursos humanos y técnicos para la atención de emergencias.*
> *• Incluir en el proceso de planeación, visitas previas al lugar donde se realizarán los trabajos, seleccionando los lugares permitidos y seguros para realizar las actividades, específicamente en los procesos de montaje, desmontaje, reparaciones o ajustes.*
> *•Revisar y ajustar los procesos de operación, montaje y desmontaje, de acuerdo a los manuales y especificaciones del fabricante, con acompañamiento de seguridad y salud en el trabajo para validar su diseño y aplicación.*
> *• Revisar y ajustar el perfil ocupacional de operarios y aparejadores, de acuerdo a los requerimientos del cargo en cuanto a competencias, certificaciones y experiencia.*
> *• Mejorar procesos de inducción, entrenamiento y capacitación en SST y aspectos técnicos de los procesos de montaje, desmontaje, mantenimiento*

> *y ajustes de las grúas y los riesgos asociados a estos; incluyendo todas las empresas involucradas en el proceso.*
> *• Revisar y ajustar roles y responsabilidades de seguridad y salud en el trabajo a todos los niveles de la organización, garantizando el acompañamiento de personal de seguridad y salud en el trabajo y mantenimiento en operaciones críticas como montaje, desmontaje y ajustes de grúas».*

Al plenario igual, se arrimaron los informes de policía judicial e inspección técnica a cadáver, que dan cuenta del hecho y en ellos se indica que se contactó al señor JOHN FREDY BELLO GUEVARA, «*QUIEN ES COMPAÑERO DE TRABAJO DEL OCCISO, ADUCE QUE SE ENCONTRABA REALIZANDO ALLI UNA PRESENTACIÓN DE LA GRÚA AL MOMENTO DE TRATAR DE HACER UN ARCO POR ENCIMA DE UNOS CABLE DE ALTA TENSIÓN AL GIRAR LA PLUMA DE LA GRÚA POR ENCIMA DE LOS CABLES ESCUCHA UNA EXPLOSIÓN Y OBSERVA QUE EL OCCISO SE DESPLOMA YA QUE ESTE SUJETABA EL CABLE DE LA GRÚA Y RECIBIÓ DESCARGA ELÉCTRICA SE ANEXA ENTREVISTA FORMATO FPJ-14, UNA VEZ REALIZADA LA INSPECCIÓN A CADÁVER, PERSONAL DE CRIMINALÍSTICA INFORMAN QUE LA MUERTE DEL OCCISO, QUEDA COMO MUERTE ACCIDENTAL POR DESCARGA ELÉCTRICA […]»* (Fl. 152 a 154); En la mencionada inspección se indica que es *«el compañero de trabajo de la víctima y agrega que el día de hoy 15/07/2017, siendo las 08:30 horas aproximadamente en momentos en que el señor Jhon Fredy se encontraba operando la Grúa Telescopio Terex de 75 toneladas "T7703", color blanco hueso, modelo 2001, No. Motor OGRO650475 la cual se halla parqueada al interior del mencionado parqueadero y en compañía del señor Pedro Luis (occiso), quien llevaba laborando con la empresa un año y en momentos en que el operario tenía la pluma levantada y girada hacia el lado derecho quedando debajo de los cables de alta tensión aproximadamente 10 metros de altura, el operario le recomienda a la víctima ser precavido con los cables ya que la víctima sostenía en sus manos el cable de la grúa, pero en momentos en que la víctima halló el cable de la grúa se escuchó una explosión y observo a su compañero tendido en el suelo y de inmediato reacciona y lo auxilia […]»* (fls. 155 a 159).

Seguidamente, se observa a folio 883 formato de entrega individual de elementos de protección personal y dotación, suscrita por el fallecido Pedro Hincapié el 15 de junio de 2016; de folios 884 a 885, así, también, obra evaluación de la inducción al sistema gestión integral, fechado 19 de agosto de 2016 y, en la misma fecha, capacitación de *inducción a sistema integral de gestión de Tecnitanques,* cuyo objetivo era el de *socializar la metodología y funcionamiento de sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo* -fl. 886; a folio 886, constancia de capacitación

de *aseguramiento general de áreas y tareas*, de fecha 15 de noviembre de 2016; del 16 de noviembre de 2016, capacitación sobre *temas en áreas de difícil acceso* -fl. 888. Del 17 de noviembre de 2016, capacitación sobre *izajes críticos* -fl. 889. Del 22 de noviembre de 2016, capacitación sobre *extensiones y sistemas eléctricos* -fl. 890; el 26 de noviembre de 2016, el causante recibió capacitación sobre *trabajo seguro - trabajo protegido* -fl. 891. Del 02 diciembre de 2016 obra constancia de capacitación denominada *vigile sus pasos* -fl. 892. Así mismo, el 12 de diciembre de 2016, consta capacitación sobre *aseguramiento de equipos y herramientas y aseo* - fl. 893. Del 13 de diciembre de 2016, el tema de la capacitación fue: P*eligro/Riesgo/Consecuencia/Controles* fl. 894. Del 18 de diciembre de 2016, aparece como tema de capacitación, *alerta* de *seguridad "volcamiento maquinaria pesada"*, fijando como objetivo, *«Recordar al personal los riesgos existentes al trabajar simultáneamente con maquinaria pesada. Izaje de cargas»* -fl. 895. Del 03 de enero de 2017, la capacitación se denominó *el autocuidado* -fl. 896. El 06 de enero de 2017 se dejó constancia de la capacitación recibida por *reporte de actos y condiciones inseguras* -fl. 897. Seguidamente, se observa capacitación sobre *riesgo locativo* de fecha 16 de enero de 2017; al día siguiente, se observa constancia de capacitación llamada ¿Cómo *trabajo seguro en alturas*? -fl. 899. Luego el 31 de enero de 2017 se dejó constancia de la capacitación sobre *izajes con actividades simultáneas* fl. 900. El 04 de febrero de 2017, la capacitación fue sobre *los casi-accidentes son advertencias* -fl. 901; mientras que la del 12 de febrero de 2017 fue sobre seguridad vial -fl. 902. Nuevamente el 16 de febrero de 2017, se evidencia capacitación sobre *riesgo eléctrico* -fl. 903.

En el mismo sentido, se evidencian capacitaciones denominadas *«¿Por qué nos accidentamos en Latinoamérica?», «Plan estratégico de seguridad vial»,* «*Procedimientos de base seguro de carga*», *«inspección pre operación de equipos», «distancia de seguridad en tránsito en trabajo en alturas», «fallas humanas/actos inseguros», «auto reporte de actos inseguros», «sistemas eléctricos», «análisis de trabajo seguro», «trabajo en equipo» «todo es cuestión de actitud, «roles y responsabilidades»,* las cuales fueron dictadas en su respectivo orden el 01, 09, 23 de marzo, 01, 03, 04, 08, 27 de abril, 03, 16 de mayo, 20 y 23 de junio de 2017 (fls. 904 a 915). Por otro lado, se aportó manual de funciones del *Aparejador*, cuyo jefe inmediato es el *Operador de Grúa,* y para desempeñar el mismo se exigía certificación para la manipulación de aparejos y señalización, experiencia de un año como auxiliar en grúas y dos (2) años como aparejador de grúas; en el aparte de autoridad del cargo se precisa que debe *decidir sobre el aparejamiento de la carga, suspender una maniobra de izaje cuando se presenten condiciones o actos subestándar*. En ese orden, se encuentra el concepto de aptitud

para el cargo, el cual fue realizado por Gómez y Asociados Salud Ocupacional SAS, que encontró al causante «*APTO PARA LABORES EN ALTURAS»* (fls. 919 a 921, 949). De folios 931 a 947 se aportó *PROGRAMA DE PREVENCIÓN CONTRA CAIDAS* de la accionada TRAPEZE, a folio 947 certificación de aprobación del curso de *ENTRENAMIENTO AVANZADO TRABAJO SEGURO EN ALTURAS* por parte del hoy fallecido Pedro Hincapié el 17 de junio de 2017; a folio 948, certificación de aprobación de curso de *Reentrenamiento Trabajo Seguro en Alturas Avanzado* de fecha 16 de mayo de 2016. De folios 956 a 971 se encuentra el *SISTEMA DE GESTIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO*; a folios 972 a 976, el protocolo para trabajos con riesgo eléctrico. De folios 1009 a 1011 el *INSTRUCTIVO IZAJE MECÁNICO DE CARGAS*; de folios 1012 a 1017 *PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE PLANES DE IZAJE MECÁNICO DE CARGA*. De folios 1018 a 1019, *INSTRUCTIVO PARA INSTALACIÓN Y REMOSIÓN* (sic) *CONTRAPESO GRÚA TEREX T-750*. De folios 1020 a 1029, *MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN DE PELIGROS Y CONTROL DE RIESGO*.

Ahora, al proceso fueron llamados a testificar los señores EDISON ZAPATA ROJAS, CARLOS DANIEL MATUK SANCHEZ, JHON JAIRO RIAÑO, GLADYS CHIQUILLO y
LEIDY YOHANA PARRA.

El señor **EDISON ZAPATA ROJAS** declaró que trabajó para TRAPEZE en el año 2017, desempeñando el cargo de operador de grúa hidráulica, es decir, el mismo cargo del señor Pedro Luis Hincapié; que el día que ocurrieron los hechos, el señor Jairo Riaño se comunicó para contarle sobre el accidente sufrido por Pedro Luis. Que según lo que le dijo Jairo Riaño, el señor Pedro sufrió un accidente por una descarga eléctrica. Que nunca fue aparejador, sino que fue operador de la grúa Terex de 75 toneladas, explicando que ese cargo tiene la responsabilidad de la persona que tiene a su lado en ese momento, es decir, el ayudante o aparejador, esto es, aquel que ayuda en la operación del equipo. Que el aparejador es quien ayuda al operador para realizar ciertos movimientos del equipo; que es el operador y responsable del equipo, quien brinda las indicaciones de cómo se debe hacerlo y en qué circunstancias. Que el contrapeso es el que lleva el equipo, es desmontable, entonces se monta o se desmonta dependiendo del requerimiento, precisando que se debe hacer el monte o desmonte en un sitio despejado donde no haya ninguna interrupción del equipo porque tiene la característica de que produce unas vigas estabilizadoras, para lo que debe tener espacio, además hacia arriba levanta un sección que se llama la pluma, por lo que debe estar despejado; que es esencial el acompañamiento de un supervisor o HS, en cualquier operación que se realice con

esa maquinaria, puesto que en ese momento hay un riesgo de cometer errores o que el operador omita un protocolo de seguridad; que siempre que se va a realizar un movimiento, es necesario tener claro el sitio en el que se va a realizar, puesto que es un equipo de grandes dimensiones, agregando que siempre se hace un documento denominado ATS (análisis de trabajo seguro), es decir, como un permiso de trabajo para poder realizar cualquier tipo de operación; que el ATS lo realiza el operador, pero esa información debe ser revisada por el supervisor y el HSEQ; que cuando no se toman las mínimas distancias y hay redes eléctricas cerca, al levantar la pluma se produce un arco eléctrico, es decir, que puede haber una descarga eléctrica a través del equipo; que en TRAPEZE el protocolo de seguridad para ese tipo de operaciones es tomar la distancia de mínimo 5 metros, distancia en la que se realiza un izaje seguro, manifestando que los 5 metros se cuentan desde las cuerdas eléctricas. Que el superior del operador y el aparejador, en el momento del accidente era Jairo Riaño, quien debía tener conocimiento de dónde estaría el equipo y cómo se haría la operación. Que la maquina debe tener espacio hacia arriba para elevar la pluma, es decir que no haya redes eléctricas, arboles, puentes, etc. Precisó que esa pluma es de 14 metros sin extender, de lo contrario puede alcanzar hasta 45 metros. Que para ser operadores y aparejadores deben estar certificados bajo una norma ASMEB 30.25, explicando que eso es una certificación anual para ver la competencia como operador de grúa; que el señor Pedro estaba certificado y lo sabe porque cuando trabajó en TRAPEZE aquel fue su aparejador. Que es el cuñado del fallecido y que trabajó en TRAPEZE antes del accidente.

CARLOS DANIEL MATUK SANCHEZ declaró que nunca ha laborado para las accionadas; que era amigo del trabajador fallecido desde el colegio; que era amigo de la familia de Pedro Luis, que lo vio por última vez 15 días antes de su muerte; que aquel le comentó que tenía una relación laboral con TRAPEZE, pero que su relación con el operador era mala; que la última vez que habló con Pedro Luis, aquel estaba en su descanso (en Bogotá) y se molestó mucho porque el operador no le había dicho que debía irse para el trabajo y tuvo que irse repentinamente hacia Medellín; que los padres de Pedro Luis quedaron muy tristes luego de su fallecimiento porque era su hijo menor, que la señora Gisela era la hermana más cercana a Pedro Luis .

JHON JAIRO RIAÑO, declaró que es ingeniero civil; que desde hace 6 años trabaja para TRAPEZE SAS y desempeña el cargo de asistente comercial, en el que debe conseguir clientes y estar pendiente de los equipos, aclarando que para el momento en el que falleció el trabajador ya desempeñaba esas funciones. Sobre el accidente, manifestó que la grúa estaba trabajando para TECNITANQUES en la *petar* de Bello, cuando la grúa terminó su servicio, los muchachos la llevaron hacia

un parqueadero porque se retornaba hacia Bogotá, explicando que aproximadamente a las 9 o 10 am, se comunicó el operador de la máquina, Jhon Fredy Bello, para contarle lo que sucedió, en consecuencia, habló con Edison Zapata, es decir, el cuñado del fallecido para contarle lo que había sucedido. Que conoce del accidente por lo que le dijo Jhon Fredy, empero, sabe que la operación que debían realizar ya la habían hecho, es decir, desmontar (desarmar) la máquina para traerla a Bogotá porque se había finalizado el contrato con TECNITANQUES; que ellos (el operador y el aparejador) son quienes buscan el lugar para desarrollar la actividad, verificando los espacios para ubicar la grúa porque por sus dimensiones deben buscar un lugar muy amplio; que el señor Pedro inició a trabajar con ellos, luego de su cuñado Edison lo recomendara, dado que él necesitaba un aparejador, por lo cual, revisaron la certificación de Pedro y su experiencia como aparejador y lo contrataron. Que el señor Jhon Bello estaba capacitado como operador y Pedro como aparejador. Que tiene a su cargo una parte administrativa y otra logística, incluyendo la función de director de operaciones y mantenimiento, aclarando que no supervisaba a los operadores y aparejadores porque ellos están capacitados para ese trabajo, es decir, que son autónomos para buscar el lugar de parqueo y realizar la operación, en tanto están capacitados por entes avalados; que tanto el aparejador como el operador toman la decisión de una operación; que la empresa antes no había visitado el parqueadero Las Canteras donde falleció Pedro Luis, explicando que la empresa no lo hizo porque el operador y el aparejador son autónomos, deciden dónde hacer la operación; que la verificación del cumplimiento de los protocolos compete a esos trabajadores por medio de los formatos establecidos para ello, es decir, que ellos completan el ATS; que el día anterior de la operación conoció que harían el desmonte en el parqueadero Las Canteras, momento en el que ya habían guardado la grúa allí, y acordaron que en la mañana harían el alistamiento para quitar el contrapeso de la grúa; que Jhon Fredy Bello era el vigía en el momento de la operación; señaló que no había un personal de seguridad y salud industrial el día del accidente porque era un trabajo rutinario, realizado de manera continua cada vez que se va a movilizar la grúa, agregando que hay un proceso establecido para ello y era conocido por ellos. Que la empresa siempre ha tenido HSEQ, pero ese día del accidente no supervisó. Que TRAPEZE cumple con todos los procedimientos, incluso capacitó al fallecido para la realización de sus funciones, explicando que adicionalmente, en la obra de la *petar*, las capacitaciones eran de TECNITANQUES para todo el personal, abarcando el de TRAPEZE; que TRAPEZE siempre suministró dotación y elementos de seguridad al fallecido.

GLADYS CHIQUILLO declaró que labora hace 20 años para TECNITANQUES y es la gerente de HSEQ, gestión integral y responsabilidad social. Manifestó que

TRAPEZE es un aliado que le alquila grúas y equipos a TECNITANQUES; aclarando que en algún momento ayudó al establecimiento de seguridad social de los trabajadores de TRAPEZE, aunado a que TECNITANQUES realiza la verificación de sus aliados, por lo que, verifican las condiciones de las empresas que contratan en cuanto a salud, seguridad, entre otras. Que conoce que TRAPEZE prestó el servicio de grúa a TECNITANQUES, servicio en el que dicha empresa suministra el operario y el aparejador para el proyecto de la construcción de la "*petar*" (no se entiende) de Bello, la cual estaban ejecutando para HMB, explicando que ya estaban terminando su labor y se estaban movilizando, empero les informaron que había ocurrido un accidente, por lo que ella se trasladó a Medellín para suministrar todos los documentos para la investigación y para ayudar con los trámites de la ARL. Narró que cuando TECNITANQUES contrata a una empresa, su área maneja debe verificar el cumplimiento de requisitos, por lo que deben allegar los permisos de los vehículos, a los cuales les hacen una revisión que queda registrada, unos pre operacionales y la competencia del aparejador y el operador porque ellos deben tener unas certificaciones específicas para poder ejecutar su cargo, verificando que las licencias no estén vencidas, que los operarios tengan la experiencia e idoneidad física, ya que les hacen un examen médico y luego, uno de competencias, agregando que luego los incluyen en todo lo relacionado con seguridad y salud de TECNITANQUES, es decir que participan en las charlas de seguridad, en los pre operacionales del equipo y todo ello. Que sabe que el trabajador fallecido recibió las charlas y capacitaciones que ella dice, durante la ejecución del proyecto, dado que aparecen las firmas de aquel en todas las capacitaciones, también en la inducción, en los registros de los pre operacionales que ejecutaron a los equipos, en las charlas de 5 minutos y dentro del sistema de gestión de TECNITANQUES de los planes de gestión de izaje y las diferentes actividades que ejecutó TRAPEZE. Que ellos verificaron que el fallecido al entrar a prestar los servicios a la empresa tuviera todos los elementos de protección. Explicó que, al momento del accidente, TECNITANQUES ya había terminado el contrato con TRAPEZE y estaban haciendo la desmovilización del equipo, por lo que ellos escogen donde guardar el equipo, en ese momento eligiendo ese parqueadero en el que el aparejador sufrió el accidente porque al momento de levantar el *bum* del equipo se produjo un arco. Que TECNITANQUES y TRAPEZE están calificadas con riesgo 5 a nivel de ARL, es decir, que cuentan con un alto riesgo; que dentro de TECNITANQUES ellos clasifican algunas actividades más críticas que otras, por ejemplo, una actividad de izaje de una lámina es más critica que una de ensamble; que la actividad que desarrollaba el fallecido era critica cuando la grúa hacia izaje, no obstante, ellos estaban capacitados para realizarlas, aclaró que la operación realizada por el fallecido debía ser clasificada por TRAPEZE porque era una actividad propia de dicha empresa.

Expuso que para empresas de 10 o más trabajadores es obligatorio tener un comité de salud y seguridad del trabajo, el cual se encarga de velar por el cumplimiento del programa de seguridad y salud en el trabajo, no en las operaciones, destacando que confunden esos dos aspectos, así mismo, deben tener un vigía en salud y seguridad que ejecuta las mismas funciones, resaltando que es diferente a un supervisor en salud y seguridad social. Que no era su función ir a revisar el parqueadero en el que murió el trabajador porque una vez sale la grúa de prestarle el servicio a TECNITANQUES, lo que haga el aliado con la grúa no es su responsabilidad.

LEIDY YOHANA PARRA declaró que es profesional en administración de empresas, que fue la Directora de Talento Humano de TECNITANQUES desde el 2014 hasta el 15 de octubre de 2018, cargo en el que se encargaba de verificar las novedades de nómina, las afiliaciones a seguridad social, aclarando que su función era coordinada con un administrador de cada uno de los proyectos. Que en el proyecto de Medellín se estaba trabajando para un cliente que les solicitaba el respectivo proceso de contratación (afiliaciones, contratos, perfiles de cargo, competencia de los trabajadores) para dar el aval, por lo que cumplieron todo lo de ley de sus trabajadores directos, explicando que cuando eran contratistas solicitaban todos esos documentos para que les dieran el permiso de entrar en la operación, es decir que se aseguran de que el personal que está dentro de las operaciones está capacitado; que le consta que TRAPEZE daba cumplimiento a las normas de seguridad y salud en el trabajo porque siempre se alineaba a los parámetros de TECNITANQUES; que todos los que ingresaran debían estar en nivel de riesgo 5, debían estar debidamente afiliados, de lo contrario no podían ingresar a ningún proyecto. Que se le dieron las capacitaciones al fallecido porque TRAPEZE se acoge al sistema de gestión de TECNITANQUES, por lo que deben asistir a todas las capacitaciones diarias que tiene la gerencia HSEQ, el programa anual que tienen ellos se ejecuta 100% y asisten a esas capacitaciones. En relación con el contrato entre las dos empresa, explicó que para el momento del accidente del señor Pedro, TRAPEZE ya estaba en movilización porque ya había finalizado la actividad con TECNITANQUES, es decir que estaban haciendo el desmonte de la grúa (quitar las contrapesas) para enviarlo a Bogotá, precisando que la grúa estaba en un parqueadero de ellos (TRAPEZE), de forma que no estaba bajo la responsabilidad de TECNITANQUES; que en esa operación en la que falleció el trabajo no se requiere un personal de HSEQ, pues desde su experiencia en una empresa de izaje de cargas, conoce que desde que la grúa sale, los responsables son el operario de la grúa y el aparejador; que normalmente reciben una instrucción del jefe de grúas (el jefe inmediato) para saber a dónde se dirigen con el equipo.

Vale la pena destacar, igualmente, lo dicho vía interrogatorio de parte, por el señor **JHON FREDY BELLO** quien dijo ser operador en TRAPEZE SAS; que no era el jefe del fallecido porque la labor la realizaban los dos, es decir, que llegaban al sitio con el aparejador y verificaban los riesgos antes de ejecutar la tarea. Afirmó que para ese momento había sido nombrado vigía suplente y que TRAPEZE tenía como HSEQ a la señora Margarita Quiroz, quien no visitó el parqueadero donde ocurrió el accidente porque ella estaba en Bogotá, aclarando que esa labor de HSEQ la realizaron ellos dos (John y Pedro Luis), dado que hicieron una inspección del área, teniendo presentes las cuerdas de alta tensión, sin embargo, no sabían el voltaje, y aseguró que siempre guardó los parámetros debidos pero no sabía el voltaje de las cuerdas. Señaló que, al momento de realizar la operación, no se delimitó el espacio porque se trataba de un parqueadero público, en el que había otros carros, por lo que separó dos espacios para la grúa. Argumentó que sí tomaron las medidas de distancia segura pero que, al no tener el amperaje de las cuerdas, era difícil medir la distancia porque dependiendo de eso se toma la distancia, señaló que no tenían el amperaje porque no eran expertos. Precisó que la distancia mínima era de 5 metros pero que por precaución dejó 8 metros desde el centro del equipo hasta las cuerdas de tensión, no obstante, había árboles y la visibilidad se dificultaba. Expuso que en Medellín hay muchos parqueaderos, pero no permiten el trabajo con una máquina de tal dimensión, entonces, se dirigió con el señor Pedro Hincapié a buscar parqueadero, encontrando ese en el que les dijeron que podían hacer el trabajo, en el que el señor del parqueadero les ofreció ese espacio porque permanecía muy lleno. Explicó que antes de realizar la operación, informaron al señor Jairo Riaño y a la señora Yuli Tatiana Barrera, dado que necesitaban pedir un carro escolta para llevar la grúa hasta el parqueadero. Expuso que para el desmonte de la grúa no se requiere documentar o estructurar algo, ya que se realiza un peritaje cuando se trata de una operación de los trabajos asignados para las empresas, mientras que para la maquina no se necesita una autorización.

Del análisis en conjunto de dichos medios probatorios analizados bajo el prisma de la sana critica que establece el artículo 61 del CPT y SS, considera la Sala que en este caso la parte actora sí acreditó la forma en que ocurrió el accidente y, tal y como concluyó la juez *A Quo*, se encuentra suficientemente comprobada la culpa del empleador en los términos del artículo 261 del CST. En efecto, las pruebas previamente señaladas, dan cuenta de las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo, donde se evidencia negligencia de la empresa, así como fallas protuberantes que conllevan el incumplimiento de sus propios protocolos y reglamentos de seguridad y salud en el trabajo, muy a pesar de que se verificó que le brindó al trabajador las respectivas capacitaciones para el cargo de ayudante de grúa

o aparejador, incluidos el trabajo en altura, riesgo eléctrico y por supuesto el manejo y desmonte de grúas.

Del contexto probatorio, se puede establecer que en el accidente padecido tanto por el trabajador fallecido como por su jefe inmediato el señor Jhon Bello, ambos estaban suficientemente capacitados para ejercer tal actividad, específicamente trasladar la maquinaria a la ciudad de Bogotá, según la orden que les había impartido su jefe inmediato, labores que ya habían realizado en varias oportunidades y para la cual estaban calificados, no sólo por la experiencia previa acreditada, sino por el cúmulo de capacitaciones que habían recibido, de lo cual también dio cuenta la investigación del accidente efectuada por la ARL SURA. Igual que, como tal actividad a realizar se encontraba por fuera de la sede del empleador, se les encargó la tarea de conseguir y verificar un parqueadero con las condiciones de seguridad necesaria para poder realizarla, lo cual ocurrió y se puso de presente a la empresa, tal como se extrae de las diferentes manifestaciones efectuadas por el señor Jhon Bello, tanto en el presente proceso como ante la ARL y las investigaciones policivas y penales del caso, donde claramente se puede verificar que el parqueadero fue procurado por los dos pese a la existencia de unas líneas de alta tensión ubicadas en el área, decidiendo realizar la actividad pese a que estaban *«un poco estrechos, teníamos un bus a un costado y una carrocería al otro lado, decidimos entonces presentar la grúa en ese espacio»* y a pesar de saber que las «*líneas de alta tensión estaban a ras de los gatos de ancla de la grúa»*; es decir que, a pesar de estar capacitados para ello, no siguieron los protocolos establecidos, verbigracia, para trabajos eléctricos, según el cual resulta clave para evitar este tipo de accidentes *«reconocer los peligros derivados de nuestras actividades, especialmente* ***evaluando el entorno, existencia de líneas eléctricas aéreas*** *y subterráneas y condiciones climáticas»*, precisándose en la identificación de los peligros eléctricos que *«en media y alta tensión, basta con acercarse (acortar distancia) a la línea, lo que puede provocar un arco eléctrico y sus consecuencias [..] es decir, no es necesario tocar directamente el conductor eléctrico para sufrir un accidente… Mantener una distancia de seguridad hacia las líneas eléctricas, inclusive las provisionales. Para maquinaria, de por lo menos 5 metros»*.

Ahora bien, en ese escenario fáctico, y así se extrae del manual de funciones, el jefe inmediato del aparejador es el operador de grúa, en este caso el señor Jhon Fredy Bello, el cual, según el instructivo de izaje mecánico de cargas es el responsable, entre otras actividades, de *«identificar y controlar todos los riesgos existentes en el área de operación»,* así como previamente *«verificar las condiciones de los*

aparejos y otros elementos que se utilizarán y *verificar las condiciones de áreas donde se realizará la operación», «demarcar la zona de trabajo para evitar interferencia con otras actividades que se estén llevando a cabo», «recoger la pluma y accesorios una vez finalizado el izaje»,* mientras que el aparejador o señalero (occiso) *«deberá ubicarse en un lugar donde tenga contacto visual con el operador de grúa, si esto no es posible, se deberán utilizar otros medios de comunicación como radios o celulares»*, lo que sumado a que del acta del 16 de diciembre de 2016 (fl. 93) se evidencia que en cumplimiento del Decreto 1072 del 2015 y Resolución 2013 de 1986, se designó como vigía en seguridad y salud en el trabajo en calidad de suplente al señor Jhon Bello, aspecto que, como ya se indicó, fue admitido en el interrogatorio surtido por este, precisando que él era el HSEQ, y aunque afirmó que con el causante cumplía esa función, ello no tiene asidero probatorio alguno, por lo que es claro a juicio de la Sala que quien fungía como representante del empleador en el momento de la ocurrencia del accidente y en torno a velar por la seguridad y salud en el trabajo para realizar la mencionada actividad que generó la tragedia era el señor Bello, y en tal medida resulta claro que no se siguieron los protocolos establecidos por este y determinados por la propia empresa en torno al manejo de la maquinaria, no hizo este un adecuado análisis del sitio donde finalmente se llevó la labor encomendada, no se tuvo en cuenta el riesgo eléctrico que éste conllevaba a pesar de tener conocimiento de la existencia de líneas eléctricas, pues de ser así, se hubiese puesto en marcha el protocolo establecido para este tipo de riesgos, que entre otros aspectos, contempla dentro de sus recomendaciones, cuando hay proximidad en líneas eléctricas aéreas, lo siguiente:

- *«Se deben considerar técnicas adecuadas para medir la distancia de seguridad a líneas eléctricas. Por ejemplo, a* ***través de telémetros, medidores de distancia láser o levantamiento topográfico****. Nunca se debe aproximar un objeto para medir la distancia de seguridad*
- *Se debe solicitar a la empresa eléctrica local la autorización para realizar trabajos en las inmediaciones de sus instalaciones, quien debe orientar respecto a los riesgos presentes.*
- *Se debe contar con procedimientos de trabajo y análisis de riesgo para trabajos en las inmediaciones de líneas o instalaciones eléctricas.*
- *Cuando se trabaje con equipos mecanizados (grúas, camiones pluma, camiones capacho del alumbrado),* ***la distancia de segundad debe aumentarse a cinco metros. […]***
- *Antes del traslado de grúas por debajo de líneas de alta tensión* ***la ruta deberá ser revisada previamente por el supervisor para evitar el contacto o la inducción eléctrica con cualquier parte de la grúa****.*
- *Mantenga tres (3) metros de espacio libre sobre obstáculos […].*
- *Nunca usar la grúa cuando haya viento fuerte o tormenta.*
- ***En caso de trabajar cerca de líneas eléctricas, debe mantenerse el doble de distancia que el caso de izaje de carga****»*.

En ese marco circunstancial, se echan de menos estas medidas y, todo lo contrario, se evidencia que la labor se ejecutó en condiciones distintas a las allí establecidas para este tipo de riesgo, omisiones que desde luego le son imputables a la accionada TRAPEZE, pues de haberlas puesto en marcha el riesgo de muerte hubiere disminuido; desde luego que la Sala no desconoce que el fallecido trabajador sí contaba con los elementos de protección y medidas de seguridad personal, empero, como se puede ver en este caso, la muerte de su trabajador derivo de la serie de omisiones descritas al no planearse en forma correcta tal actividad, que incluso fueron puestas de presente por la ARL al precisarle que debían revisarse *y ajustar procesos de planeación de actividades, para operación, montaje, desmontaje, ajustes y mantenimiento de las grúas, en el que se contemple análisis detallado de las tareas a realizar, identificando puntos críticos de riesgo y los controles pertinentes para estos;* ***incluir en el proceso de planeación, visitas previas al lugar donde se realizarán los trabajos, seleccionando los lugares permitidos y seguros para realizar las actividades, específicamente en los procesos de montaje, desmontaje, reparaciones o ajustes,*** entre otras ya mencionadas.

Ahora, si bien es cierto que se acreditó por parte de la accionada que el causante recibió capacitación, lo cierto es que ello no obsta para que el empleador cumpla con su obligación de adoptar las medidas de seguridad mínimas para la realización de esas labores, por lo que no resulta atendible achacar en el trabajador la responsabilidad de las medidas de seguridad que a éste le incumbían, mucho menos, establecer que el trabajador debía abstenerse de seguir las órdenes o dar aviso a sus superiores sobre las condiciones del sitio y las medidas de seguridad que debían tomarse para tal efecto, pues él era un empleado más, subordinado en la jerarquía ocupacional que fue diseñada y establecida por el empleador, sin perjuicio de que si bien se acreditó que podía adelantar las actividades por tener experiencia en la materia, ello no hace plausible, como lo sugiere el recurrente, estimar que el accidente se debió a la impericia del causante y con ello achacarle a este exclusivamente la responsabilidad en el mismo.

Al respecto, la Sala recuerda que la obligación del empleador no se limita únicamente al suministro de cualquier elemento de seguridad con el que se considere a salvo al trabajador de los riesgos inherentes a su labor, pues le corresponde velar con diligencia, precaución, cautela y proactividad que el entorno del trabajo genere garantías a sus empleados y que estas se traduzcan en la prevención de accidentes posibles, enfermedades laborales o la muerte misma. Por ello, son sus responsabilidades entre otras, capacitar adecuadamente a sus

trabajadores sobre los riesgos propios de su labor, desde su visión general y el rol particular de los trabajadores, suministrar elementos de seguridad acordes con las funciones y los riesgos a que se verá expuesto; pero también, disponer de un sistema de gestión del riesgo y seguridad en el trabajo, obrar con diligencia y no sólo de manera reactiva, en relación con la prevención de los riesgos laborales. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo indicado por la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL1900-2021 donde dijo:

> *«Lo anterior, por cuanto aun aceptando que el trabajador tenía experiencia, ello de ninguna manera puede sustraer ni eximir la obligación del empleador en realizar la debida capacitación e inducción a sus trabajadores, y de dar cumplimiento del artículo 2 de la Resolución 2400 de 1979, en donde se consagran como obligaciones de los empresarios, entre otras, la siguiente: «g) Suministrar instrucción adecuada a los trabajadores antes de que se inicie cualquier ocupación, sobre los riesgos y peligros que puedan afectarles, y sobre la forma, métodos y sistemas que deban observarse para prevenirlos o evitarlos» (Subrayado fuera de texto), lo que guarda concordancia con lo previsto en literal g) del artículo 84 de la Ley 9 de 1979, que establece: «Realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y sobre los métodos de prevención y control».*
>
> *Es que nuestra legislación laboral, y en las normativas de salud ocupacional, hoy Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, y las de riesgos laborales, consagran la obligación del empleador de cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, tal y como se desprende de los en los numerales 1 y 2 del artículo 57, 348 del CST, 2 de la Resolución 2400/79, literales c), d) y g) del canon 21 del Decreto 1295/94, último vigente para aquella data, entre otras disposiciones. (Ver sentencia CSJ SL9355-2017).*
>
> *En este orden, para que el empleador pueda exonerarse de la responsabilidad derivada de un accidente de trabajo,* ***debe demostrar haber actuado con diligencia y cuidado para prevenir o evitar su ocurrencia,*** *máxime* ***cuando se trate de actividades de altísimo riesgo para la vida y la integridad del trabajador, como se observa en el sub examine…*** *y si bien no puede afirmarse que la culpa del empleador se presuma en estos casos,* ***sí implica que deba tener un mayor grado de diligencia y cuidado, debiendo tomar las medidas que correspondan con la alta vulnerabilidad a que queda expuesto el trabajador en esta clase de actividades****»* (Subrayas y negrillas de la Sala).

Sobre la base de lo anterior, no puede predicarse culpa exclusiva de la víctima para exonerar al empleador recurrente, pues las deficiencias anotadas son ostensibles, sin duda, debidas a la insuficiente planeación, falta de coordinación y de supervisión que fueron determinantes a la hora del accidente de trabajo, que en sentir de la Sala, era evitable pues con una planeación, coordinación y supervisión idónea, conforme a los procedimientos y protocolos establecidos por la misma empresa, hubieran bastado para que no se realizara la actividad en dichas circunstancias, y al no acatarse ello, dio lugar al accidente de trabajo y a la culpa del empleador en su resultado. Recuérdese que, los empleadores deben *«interrumpir las actividades»* que comprometan la seguridad de los trabajadores y adoptar las medidas

correctivas, bajo la idea central que en el trabajo debe anteponerse la vida y la seguridad de las personas frente a otras consideraciones (CSJ SL9355-2017).

Conforme a lo antes indicado, considera la Sala que se ha probado suficientemente la culpa del empleador, la cual desde luego no se encuentra desvirtuada en el plenario, pues como quedó visto en el análisis realizado, se concluye que TRAPEZE no cumplió con la carga procesal de demostrar que actuó con diligencia y precaución para resguardar la salud y la integridad del trabajador en el sitio donde aconteció el siniestro, por lo que la empresa no acató las obligaciones generales de protección y seguridad para con sus subordinados que consagra el artículo 56 del CST y las obligaciones especiales indicadas en el artículo 57 ibídem numerales 1° y 2°, lo que significa que, la empleadora no acreditó que haya tenido una conducta que la eximiera de responsabilidad, en cuanto a haber desplegado la vigilancia debida y todas las gestiones necesarias para prevenir este tipo de accidentes que lejos está de ser un caso fortuito o imprevisible, pues de haber obrado conforme a los anteriores mandatos, se hubiese evitado la tragedia.

Lo anterior, sin que para ello tenga incidencia alguna la concurrencia de culpas que eventualmente se haya generado, pues tal como tiene decantado de antaño la Corte Suprema de Justicia *«los actos inseguros o imprudentes a lo que ya se ha hecho mención pudo cometer el trabajador, no exime al empleador de su culpa ni tampoco conduce a que se disminuya la indemnización plena de perjuicios»*, tal como se precisó en la sentencia CSJ SL1900-2021, donde se recordó lo dicho en la sentencia CSJ SL4277-2020, que reiteró la CSJ SL2335-2020, en los siguientes términos:

> *«La concurrencia de culpas de empresa y trabajador no exime de responsabilidad a la empresa. Solo la exime la culpa exclusiva de la víctima. Así lo tiene asentado la jurisprudencia laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL 2335 de 2020, como sigue:*
>
> *Pues bien, esta Corporación desde la sentencia CSJ SL, del 15 de nov. 2001, rad. 15755, en relación a esta precisa temática, adoctrinó que la indemnización plena y ordinaria de perjuicios consagrada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, es una regulación autónoma de la responsabilidad patronal, por la cual no resulta operante el concurso de culpas previsto en el citado artículo 2357 del Código Civil, según lo explicado así:*
>
> *[….] Considera la Sala que en principio el artículo 216 del C.S.T. radica exclusivamente en cabeza del culpable la indemnización <total> y ordinaria de perjuicios, sin que prevea una reducción de la misma por una eventual concurrencia de culpa de la víctima. Si el deseo del legislador fuera permitir tal aminoramiento, bastaría con que así lo hubiese previsto de manera expresa o simplemente ordenado remitirse a las normas del código civil que gobiernan la materia en esa especialidad. Pero tan no fue esa la voluntad del legislador, que reguló el tema de modo autónomo, en el propio código sustantivo del trabajo, haciendo énfasis en que el empleador responsable debe*

responder por la totalidad de los daños y es apenas elemental que este diáfano concepto excluye lo meramente parcial o lo incompleto.

Además, lo anterior tiene plena concordancia con lo prescrito respecto de la responsabilidad objetiva en la que la ley se encarga de tarifar de antemano las consecuencias o efectos sin que tenga el trabajador que demostrar culpa alguna. En cambio, en el sistema del artículo 216 en comento, la carga probatoria de la culpa y de los perjuicios sufridos le incumbe exclusivamente al afectado.

No está por demás decir que constitucional y legalmente existe protección especial para el trabajo humano y los derechos de los trabajadores consagrados en la legislación laboral son derechos mínimos, razón adicional que pone de manifiesto la improcedencia de aplicar analógicamente en esta materia las normas civiles que tienen un fundamento y una finalidad distinta, especialmente en temas como el presente en que se trata de una culpa patronal que originó el deceso del trabajador demandante.

En providencia CSJ SL, del 10 de mar. 2004, rad. 21498, la Corte precisó el anterior criterio, para señalar que no hay responsabilidad del empleador de conformidad con lo regulado en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador accidentado, pero no cuando en tal infortunio concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo, dado que no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes.
[…]
De lo citado se concluye que no se presentará la responsabilidad del empleador de que trata el señalado artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador, ***pero no cuando en tal insuceso concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo****. (Negrillas del texto original).*

En ese sentido, no puede salir avante la tesis del recurrente, pues la misma corresponde a una especialidad diferente.

Ahora, respecto al tema que por no habérsele endilgado responsabilidad alguna vía administrativa por parte del Ministerio del Trabajo así como por la vía penal de parte de la Fiscalía General de la Nación, se le recuerda al recurrente que tales responsabilidades son ajenas e independientes de las decisiones de los jueces laborales, de modo que lo que allí se decida no tiene la virtualidad de incidir en lo que acá se debate y decide, por tratarse de temas y materias totalmente disimiles.

Por lo tanto, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en este puntual aspecto.

Decantado lo anterior, pasará a determinarse lo relacionado con los aspectos recurridos en torno a las condenas fijadas en primera instancia, en primer lugar, lo relativo al reconocimiento de perjuicios morales ocasionados por el accidente de trabajo, los cuales se recuerda, resultan procedentes tanto para la víctima como para las personas más cercanas de la misma, siempre y cuando demuestren haber

padecido una lesión o menoscabo en sus condiciones materiales o morales con ocasión de la muerte, la discapacidad o invalidez generadas por el infortunio laboral. En efecto, la Alta Corporación de cierre de la especialidad ha precisado que si bien el artículo 216 del CST no contempla quiénes están legitimados para demandar el reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, lo cierto es que cualquier persona, diferente al trabajador, que tenga una relación jurídica con aquel y acredite haber sufrido un daño cierto en sus condiciones materiales o morales, con ocasión de la muerte, discapacidad o invalidez generadas con el infortunio laboral en el cual haya mediado culpa suficientemente comprobada del empleador, tienen acción para reclamar el resarcimiento correspondiente (CSJ SL2062-2018, CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 31948, reiterada en las decisiones CSJ SL13074-2014 y CSJ SL7576-2016, entre otras muchas).

Con relación a la tasación de los perjuicios morales subjetivados para el caso de la madre del causante y las hermanas LINE GISELA Y LILIBETH HINCAPIE RODRIGUEZ debe señalarse en primera medida que éstos, tal como lo tiene definido la CSJ SL, son los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir y los mismos son impuestos por el juez, bajo el llamado «*arbitrium judicis*», los cuales, más que obtener una reparación económica exacta, buscan es mitigar, paliar o atenuar, en la medida de lo posible, los padecimientos que afectan en este caso a los miembros del núcleo familiar del trabajador quien fue víctima de un accidente laboral por culpa suficientemente comprobada del empleador (CSJ SL5177-2018). En tal sentido, considera esta Colegiatura que los perjuicios tasados por la *A quo* se ajustan a tales parámetros, sin que sea dable recurrir a la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo como lo sugiere el recurrente, pues como ya se ha visto, tal aspecto está igualmente estudiado con suficiencia por nuestro Órgano de Cierre.

Finalmente, la Sala le hace un llamado de atención al apoderado de las demandadas en torno a que modere sus pronunciamientos y guarde el decoro que la profesión requiere y exige al controvertir las decisiones que no le satisfacen, pues éstas deben hacerse con respeto y si vislumbra la comisión de delitos o faltas disciplinarias debe ponerlas en conocimiento de las autoridades competentes; recordándole además que, el juzgador de lo laboral tiene la potestad de edificar su conclusión en unas pruebas y no en otras, así como de apreciar libremente los medios probatorios para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, siempre en procura de lograr la verdad real, tal como lo dispone el artículo 61 del CPTSS. De modo que no son de recibo las expresiones irrespetuosas utilizadas tanto en la apelación como en los alegatos, so pena de incurrir en conductas disciplinables.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de acuerdo a las consideraciones vertidas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LILIANA JANETH OSPINA RUIZ contra SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. Rad. 110013105-024-2018-00529-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **LILIANA JANETH OSPINA RUIZ** instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., en consecuencia, se ordene la reliquidación del salario y prestaciones sociales, así como su reintegro al cargo que estaba desempeñando o uno de mayor jerarquía, teniendo en cuenta las recomendaciones médicas. Igualmente, se condene a la accionada al pago los salarios y aportes a seguridad social desde la fecha de su despido y hasta cuando se efectué su reintegro, junto con la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. A la par, se condene al pago de los intereses moratorios. Finalmente se condene a la demandada a lo ultra y extra petita, más las costas procesales y agencias en derecho. De manera subsidiaria pretende, se condene a la accionada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que laboró para SERVICIOS NACIONALES POSTALES S.A. desde el 01 de octubre de 2008 hasta el 31 de mayo de 2016, desempeñando el cargo de asistente administrativo en el departamento comercial, cumpliendo órdenes directivas del área administrativa de la accionada y bajo un horario de 8 am a 5 pm de lunes a viernes, no obstante, fue contratada por medio de la Temporal de Organización Servicios y Asesorías. Manifestó que tramitaba sus incapacidades y permisos ante la demandada, aunado a que enviaba sus informes de gestión a la misma. Señaló que las funciones propias de su cargo hacían parte del objeto social de la accionada, tales como, brindar apoyo en las licitaciones a nivel nacional, controlar la caja menor, dar atención telefónica, dar respuesta a los requerimientos de las diferentes áreas, entre otros que le fueron encargados con posterioridad, aumentando su carga laboral. Explicó que el 30 de mayo de 2016 fue despedida, aún cuando se encontraba en tratamiento médico por algunos padecimientos, como la fibromialgia, epicondilitis medial y lateral, tenosinovitis de quervain y la osteoartrosis de columna dorsal y lumbar. Expuso que en el 2009 se produjo un cambio de temporal, por lo que firmó contrato con SERTEMPO, hoy NEXARTE, así mismo, en 2012 suscribió contrato con COLTEMPORA y finalmente en 2013 celebró el contrato con Optimizar Servicios Temporales S.A. Expresó que gozó de incapacidad médica desde el 12 de octubre de 2013 hasta el 06 de febrero de 2014, así como en el periodo comprendido entre el 10 de marzo de 2014 y el 25 de febrero de 2015, por lo que el 29 de julio de 2015 fue remitida a medicina laboral, quien emitió las recomendaciones medicas el 25 de enero de 2016, reintegrándose en el área de filatelia. Aseveró que tras recibir la carta de terminación de contrato laboral por parte de la temporal OPTIMIZAR, formuló acción de tutela con el fin de ser reintegrada en razón a que era beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada. Indicó que el fallo de tutela resulto favorable a sus pretensiones, empero la accionada no efectuó el reintegro, sólo pagó la indemnización. Argumentó que su contrato fue finalizado en razón a su estado de salud, dado que, el 18 de noviembre de 2016, la accionada realizó una reunión para dilucidar la situación de los trabajadores en estado de incapacidad, en la cual fijó el término del contrato laboral de los empleados en misión. Agregó que elevó derecho de petición ante la demandada, quien respondió que fue una trabajadora en misión y no una empleada directa (Fls. 3 a 14).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que no tuvo un vínculo laboral con la demandante, sino que sólo existió un vinculo comercial con la empresa de servicios temporales con la que celebró un contrato de servicio de suministro de personal, por lo que aquella es la llamada a responder por las acreencias laborales de la actora, así como por la terminación de la relación laboral. Explicó que mediante el

Acuerdo 0002 de 2013 determinó la modificación a la planta del personal, decidiendo que el cargo de asistente administrativo no hace parte de la planta de personal. Manifestó que cualquier acto de subordinación de su parte, se debió a la facultad de subordinación delegada que ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ. Aclaró que el horario de trabajo de la accionante fue determinado por la empresa de servicios temporales, por ser la empleadora. Aclaró que las órdenes impartidas por el juzgado que conoció de la acción de tutela formulada por la demandante, estuvieron dirigidas a la empresa de servicios nacionales, en su calidad de empleadora. Formuló como excepciones de fondo las de «excepción de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la relación laboral entre las partes», «inexistencia de solidaridad entre Servicios Postales Nacionales S.A., Optimizar Servicios Temporales S.A., COLTEMPORA S.A., Nexarte Servicios Temporales S.A., Organización Servicios y Asesorías», «cobro de lo no debido», «excepción de buena fe en el cumplimiento de sus actividades comerciales y contractuales», «prescripción», «compensación» y «excepción genérica» (Fls. 184 a 201).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 22 de febrero de 2021, declaró que entre la demandante y la empresa SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. existió un contrato de trabajo desde el 01 de octubre de 2008 hasta el 31 de mayo de 2016, en consecuencia, condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, en suma de $4.522.972.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que cuando el trabajador demuestra la prestación personal del servicio, surge una presunción legal que permite colegir la existencia de una relación laboral, la cual debe ser derruida por el empleador, sin que ello implique que el empleado se releve de otras cargas probatorias como el horario de trabajo, los extremos temporales o el salario. Arguyó que al estudiar un contrato realidad es menester verificar la existencia de los elementos de una relación laboral, es decir, la prestación personal del servicio, la continua subordinación y la retribución salarial, encontrando que la parte actora acreditó la prestación personal del servicio, conforme con la documental allegada, destacando los certificados laborales expedidos por las diferentes empresas de servicios temporales. Manifestó que de acuerdo a la ley, las empresas de servicios temporales sólo pueden ser contratadas para la ejecución de labores ocasionales o temporales, para reemplazar al personal que está en vacaciones, licencia, incapacidad o maternidad, y para cubrir el aumento de productividad, transporte o ventas en los periodos estacionales de cosechas por un término de seis (6) meses, prorrogables una vez por el

mismo término. Explicó que las empresas de servicios temporales tienen prohibido contratar cuando las funciones del trabajador en misión tienen vocación de indefinida. En ese orden, aseveró que al acreditar la prestación personal del servicio, le correspondía a la accionada demostrar que el vínculo obedeció a uno de los supuestos permitidos por la ley para contratar por medio de empresas de servicios temporales, empero, la demandada no allegó prueba documental alguna para tal fin. Expuso que no se indicó el objeto en los contratos comerciales celebrados entre la empresa accionada y las empresas de servicios temporales, de forma que se pudiera deducir una circunstancia permitida para tal contratación, aunado a que los testigos relataron que la demandante siempre desempeñó las mismas funciones y que su relación con la demandada duró siete años, concluyendo que la accionada trasgredió las normas de vinculación de servicios temporales. Señaló que no es dable el estudio de la re liquidación de salarios o prestaciones sociales, toda vez que no se acreditó el salario recibido en la sociedad demandada por el cargo que desempañó la demandante, siendo procedente tener en cuenta el salario pactado en los contratos firmados por la actora.

De otro lado, explicó que la protección de estabilidad laboral reforzada está encaminada a evitar que la situación de salud del trabajador impida su vinculación laboral o que sea despedido en razón a ella, por lo que para efectuar la terminación de la relación laboral se exige el permiso del Ministerio del Trabajo, aunado a que le corresponde al empleador demostrar la existencia de la causa alegada. Precisó que para ser beneficiario de la protección, se debe acreditar la existencia de una limitación física, síquica o sensorial que desemboquen una discapacidad de grado moderado, severo o profundo, no siendo necesario presentar un dictamen de pérdida de capacidad laboral, aunado a que el empleador debe conocer de dicha situación. Encontró que la demandante fue diagnosticada con varios padecimientos y por ello, gozó de incapacidades médicas en varias oportunidades, resaltando que de acuerdo a los correos enviados por la actora a la empresa, aquella informó sobre dichas incapacidades desde el 2011 hasta el 2013, sin que se acreditara que diera a conocer a la demandada las incapacidades del 2015, así como que estuviera en estado de discapacidad o gozando de incapacidad para el momento de la terminación de la relación laboral. Además, halló que algunos de los diagnósticos fueron posteriores a la terminación del contrato laboral.

Respecto de la pretensión subsidiaria, expresó que pese a que la empresa de servicios temporales fue quien finalizó la relación laboral, la demandada era quien debía probar una justa causa para dar por terminado el contrato, toda vez que era la empleadora, sin embargo, no cumplió con tal carga, encontrando procedente el pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que no se tuvieron en cuenta los contratos comerciales celebrados con la demandada y las empresas de servicios temporales para el suministro del personal, en virtud de los cuales, la actora fue contratada desde el 01 de octubre de 2008 hasta el 31 de mayo de 2016 para prestar personalmente sus servicios a favor de la accionada, la cual fungió como empleadora. Aseveró que en sede de tutela un juzgado ordenó el reintegro de la demandante, empero ese antecedente no fue valorado por la A quo. Solicitó que se revoque o modifique la sentencia, con el fin de ordenar el reintegro de la demandante, teniendo en cuenta que la decisión transgredió los artículos 3, 5, 6, 9, 13, 23, 24, 34, 61 y 65 del CST, así como los artículos 74 y 77 de la Ley 50 de 1990, el Decreto 4369 de 2006, el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 y el Concepto 78615 de 2008 del Ministerio del Trabajo. Afirmó que se presentó una contradicción entre los hechos, las pretensiones, los fundamentos y la sentencia. Aseguró que el reintegro fue negado, por cuanto se realizó una indebida valoración probatoria, toda vez que no se tuvieron en cuenta los testimonios y los documentos allegados, verbigracia, la historia clínica y los correos electrónicos enviados por la demandante a la empresa accionada.

A su vez, la apoderada judicial de la accionada formuló recurso de apelación, arguyendo que de acuerdo con la certificación laboral expedida por la Dirección Nacional de Servicios Postales Nacionales, se establece que la demandante no trabajó ni suscribió contrato laboral con aquella, de tal suerte que nunca detentó la calidad de empleadora. Argumentó que el vínculo con la demandante se adecuó al artículo 71 de la Ley 50 de 1990, la cual faculta a la empresa usuaria a ejercer la potestad de subordinación, decidiendo todo lo correspondiente para una óptima prestación del servicio por parte de la trabajadora, en razón al contrato comercial suscrito con la empresa de servicios temporales, entidad que sí funge como empleadora. Resaltó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha reiterado que la empresa usuaria puede ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, por lo que está facultada para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto el modo, tiempo o cantidad de trabajo. Agregó que la accionada nunca fue empleadora de la demandante, ni era su potestad terminar el vínculo laboral de la demandante, en consecuencia, no procede el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, la accionada presento alegatos de conclusión en similares términos a los señalados en la alzada. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo el presente asunto y por cuestiones metodológicas y respecto de los argumentos expuestos en la alzada, el problema jurídico a resolver se circunscribirá a (i) determinar si la celebración de los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 4-72 y las empresas de servicios temporales, Temporal Organización Servicios y Servicios, SERTEMPO, NEXARTE, COLTEMPORA S.A. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., para efectos de la contratación del personal en misión son legalmente permitidos atendiendo los preceptos de la Ley 50 de 1990 o si en su defecto dicha contratación no es lícita y por ende, la demandante fue una trabajadora de planta de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. -4-72-; (ii) de ser así, habrá de determinarse si la demandante, en virtud de la estabilidad laboral reforzada que alega tiene derecho al reintegro deprecado; o en su defecto al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el anterior problema jurídico, es menester indicar que no fue objeto de reparo la declaratoria por la Juez de instancia con ocasión a los contratos de trabajo celebrados entre el actor y las empresas de servicios temporales de la siguiente manera:

Con la empresa de servicios temporales ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.:

- Desde el 01 de octubre de 2008 hasta el 03 de mayo de 2009 (fl. 63).

Con la empresa de servicios temporales NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES:

- Desde el 04 de mayo 2009 hasta el 09 de abril de 2010.
- Desde el 19 de abril de 2010 hasta el 15 de abril de 2011.
- Desde el 25 de abril de 2011 hasta el 13 de abril de 2012.
- Desde el 25 de abril de 2012 hasta el 10 de octubre de 2012 (fls. 49 a 53 y CD fl. 218).

Con la empresa de servicios temporales COLTEMPORA:

- Desde el 11 de octubre de 2012 hasta el 30 de junio de 2013 (fl. 45).

Con la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.:

- Desde el 01 de julio de 2013 hasta el 31 de mayo de 2016 (fls. 18 a 22, 142 vto., 319 a 355).

En lo que tiene que ver con las empresas de servicios temporales es menester precisar que con la expedición de la Ley 50 de 1990 se estableció, de una parte, que las empresas de servicios temporales pueden contratar con terceros para colaborar «en forma temporal» con el desarrollo de sus actividades y por la otra, que dicha colaboración debe estar sujeta a las siguientes situaciones generales: **1**) la tradicional del artículo 6º del CST, esta es, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono; **2**) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y 3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más de conformidad con lo preceptuado en el artículo 77 de la mencionada Ley 50 de 1990.

Ahora, respecto de la vinculación de la demandante como trabajador en misión, a través de las empresas ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S, NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES, COLTEMPORA Y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. para la prestación de sus servicios y suministro de personal para 4-72, como empresa usuaria, y tal como lo informan las documentales obrantes dentro del plenario, se puede observar que la entidad celebró diferentes contratos de prestación de servicios con las empresas de servicios temporales de la siguiente forma:

1) A folios 207 a 209 se encuentra el contrato No. 002 suscrito entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. con ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORÍAS LDA. del 16 de enero de 2009.
2) En folios 210 a 214 se encuentra el contrato No. 111 suscrito entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. y UNIÓN TEMPORAL SERTEMPO NACIONAL del 12 de marzo de 2010.
3) En folios 215 a 230 aparecen copias de los contratos 182, 145 y 133 suscritos el 12 de diciembre de 2011, 10 de octubre de 2012 y el 15 de agosto de 2012 respectivamente entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. y COLTEMPORA S.A.
4) De folios 231 a 253 del expediente aparecen copias de los contratos No. 169, 206 y 388 del 13 de diciembre de 2012, 27 de noviembre de 2014 y 388 del 30 de diciembre de 2015 respectivamente suscritos entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

Los anteriores contratos celebrados por la entidad accionada fueron con el fin de suministrar personal en misión, donde en términos generales el objeto de todos los contratos de prestación de servicios, en el precitado orden, eran los siguientes:

«Suministro de personal temporal o trabajadores en misión en las regionales donde opera Servicios Postales Nacionales S.A a saber: Regional Oriente (sede Bucaramanga), Regional Eje Cafetero (sede Manizales), Regional Norte (sede Barranquilla), Regional Nor-occidente (sede Medellín) Regional Occidente (sede Cali), Regional Sur (sede Ibagué), Regional Centro y personal de la Dirección General de Bogotá».

«El objeto del presente contrato es Suministrar el personal temporal y/o trabajadores en misión con perfil de gerentes de proyecto, profesionales, técnicos, administrativos, y operativos, los cuales estarán distribuidos según necesidad en las siguientes regionales: Grupo 1. Bogotá, Dirección General, Regional Sur, sede Ibagué (Tolima, Huila y Caquetá)».

«EL SUMINISTRO DE PERSONAL EN MISIÓN EN MISIÓN EN LOS NIVELES GERENTES DE PROYECTO, PROFESIONAL, TÉCNICO, ADMINISTRATIVO Y OPERATIVO CON COBERTURA NACIONAL; ESTARÁN DISTRIBUIDOS SEGÚN LA NECESIDAD EN LAS SIGUIENTES REGIONALES: GRUPO Nº. 1 DIRECCIÓN GENERAL PROCESOS OPERATIVOS: DISTRIBUCIÓN Y ENTREGA, TRATAMIENTO, LOGÍSTICA INTERNACIONAL, TRANSPORTE Y ADMISIÓN. GRUPO Nº. 4 REGIONAL NOROCCIDENTE, SEDE MEDELLÍN (ANTIOQUIA Y CHOCO), REGIONAL EJE CAFETERO, SEDE MANIZALES (CALDAS, QUINDÍO Y RISARALDA) …».

«EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN MISIÓN EN LOS NIVELES GERENTES DE PROYECTO, PROFESIONAL, TÉCNICO, ADMINISTRATIVO EN: DIRECCIÓN GENERAL (PROCESOS ADMINISTRATIVOS Y COMERCIALES) CENTRO B: -REGIONAL CENTRO, SEDE BOGOTÁ (CUNDINAMARCA, META, BOYACÁ, CASANARE, PUTUMAYO, VAUPÉS, GUAVIARE, GUAINÍA, VICHADA, CAQUETÁ, AMAZONAS Y SAN ANDRES ISLA) …».

«CONTRATAR CON EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN MISIÓN EN LOS NIVELES GERENTES DE PROYECTO, PROFESIONAL, TÉCNICO, ADMINISTRATIVO Y OPERATIVO CON COBERTURA NACIONAL; ESTARÁN DISTRIBUIDOS SEGÚN LA NECESIDAD EN LAS SIGUIENTES REGIONALES: REGIONAL CENTRO A. SEDE BOGOTÁ (PROCESOS OPERATIVOS ADMINISTRATIVOS Y COMERCIALES); REGIONAL CENTRO 8, SEDE BOGOTÁ (CUNDINAMARCA, META, BOYACÁ, CASANARE, PUTUMAYO, VAUPÉS, GUAVIARE, GUAJNIA, VICHADA, CAQUETÁ, AMAZONAS Y SAN ANDRÉS ISLA) Y REGIONAL SUR, SEDE IBAGUÉ (TOLIMA, HUILA CAQUETÁ Y CUNDINAMARCA)».

Con lo anterior se establece que la actora fue trabajadora en misión para SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. -4-72, a través de 04 empresas de servicios temporales con diferentes contratos de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada; por lo que procede la Sala a determinar si es procedente, tener como verdadera empleadora a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., quien fungió como empresa usuaria dentro de la relación jurídica subsistente con las mencionadas empresas de servicios temporales, entre el lapso y por los periodos que determinó la Jueza de instancia.

En relación con este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL de 22 de febrero y 9 de agosto de 2006 dictadas dentro del Rad. 25717, rememoradas en la SL5696 del 7 de mayo de 2014, analizó que, frente a los eventos de contratación fraudulenta, y en los casos en que se desconozca el plazo máximo permitido para la vinculación de los trabajadores en misión, de acuerdo a los artículos 77 de la Ley 50 de 1999, las empresas de servicios temporales deben ser catalogadas como un empleador aparente y un intermediario que oculta su calidad y, por tal motivo, debe ser tenidas como verdadero empleador a la empresa usuaria que se benefició de tal intermediación. Doctrina que a la fecha se encuentra vigente y es

reiterada entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL17025-2016, CSJ SL3520-2018 y CSJ SL3828-2020.

De manera que si el juzgador de instancia encuentra demostrado un marco temporario que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria en el desarrollo de las actividades de la empresa, o encuentra demostrado que se ha transgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el mencionado artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es imperioso que atienda a esa precisa realidad, incluso pasando por alto la presencia de actos, que vistos de manera individual y solo en su contenido meramente formal, se exhiben con la apariencia de licitud, como son por ejemplo los contratos individuales, la liquidación de prestaciones sociales, o las comunicaciones de terminación del contrato.

En el presente caso, la entidad demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., no expuso razón objetiva alguna para justificar la contratación de la demandante a través de las distintas Empresas de Servicios Temporales, salvo que existió un vínculo comercial de suministro de personal *para una actividad específica, con el fin de atender las necesidades de personal que en dicho contrato se pactó*. Sin embargo, de ese suministro de personal en misión contratado, de entrada se evidencia que la prestación de los servicios, desde 2008, así como las labores prestadas por la demandante no pueden ser catalogadas como transitorias, cuando fueron prestadas de forma ininterrumpida por casi ocho años, tiempo que supera al ampliamente otorgado por la ley para este tipo de trabajadores, siendo claro que la actora desarrolló sus funciones de forma permanente, por lo que su vinculación no corresponde a la de un trabajador en misión, la cual tiene una duración de seis meses prorrogable por seis meses más, sino a una relación laboral permanente que ahora pretende desconocer la demandada, y que se pretende encubrir a través del cambio de empleador por medio de varias empresas de servicios temporales, donde por demás también se observa que en al menos dos de ellas se prolongó el término máximo de esa contratación, por ejemplo, con NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES entre mayo de 2009 y octubre de 2012 y con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. entre el mes de julio 2013 my el mes de mayo de 2016. Precisándose, en todos y cada uno de esos contratos la actora realizó la misma función de Secretaria Técnica, Asistente Administrativo y/o Técnico Administrativo, tal como se deduce de la prueba testimonial y de los documentos antes mencionados.

En ese orden de ideas, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales sostenidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien las contrataciones de la entidad por intermedio de temporales estaban sopesadas legalmente, tal aspecto no puede descontextualizar las reglas de contratación reguladas en el artículo 77 de la Ley

50 de 1990, en tanto y en cuanto, cuando no se encuentra demostrado que la demandante haya sido contratada para reemplazar a personal en vacaciones, incapacidad, licencia ordinaria, maternidad o incrementos en la producción; recordándole al extremo accionado, que así no se exceda el término de contratación de 1 año, las partes deben acatar el imperio de lo consagrado en el citado artículo 77. Al respecto en la sentencia CSJ SL3520-2018, el Alto Tribunal adoctrinó:

> *«Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios. (Subraya la Sala)*
>
> *(…)*
>
> *Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que* ***las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales»*** *de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.*
>
> *La infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contratos laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados. A su vez debe tenerse a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, que, al no manifestar su calidad de tal, está obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella».*

Así las cosas, es claro para esta Colegiatura que la vinculación en misión de la demandante no estuvo encaminada a una actividad ocasional o transitoria, ni el cubrimiento de una eventual licencia o aumento de la producción, razón por la cual, la accionada transgredió lo preceptuado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, lo que conduce a que SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. sea el verdadero empleador de la demandante y las mencionadas Empresas de Servicios Temporales, sean unas simples intermediarias.

En ese orden de ideas, se confirmará la decisión de primer grado en este puntualísimo aspecto.

ESTABILIDAD LABORAL REFOZADA-REINTEGRO

Establecido lo anterior, para verificar si hay lugar al reintegro deprecado, la Corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de

1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudirse única y exclusivamente a estas escalas porcentuales para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al mes de mayo de 2016, como ya se mencionó.

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para lo protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación o afectación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, y esta no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018 cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una causa objetiva para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Clarifica la Sala de Casación Laboral, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto este precedido de un criterio discriminatorio, resultando necesario, en ese evento, que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa; por lo que la invocación de una causa legal, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual solo le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la causa legal y objetiva, so pena de que se declare la ineficacia del despido. Concluye, en síntesis, así la Corte:

> *«a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.*
>
> *b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*
>
> *c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas».*

Ajustando estos derroteros jurisprudenciales y las normas citadas, considera esta Sala de decisión que toda persona que considere encontrarse bajo el amparo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, y solicite su aplicación, ya no debe acreditar que se encuentra dentro del porcentaje de una limitación calificada en grados porcentuales, por lo que solo resta revisar las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, para establecer si existe un nexo causal entre el estado de salud del trabajador y el despido o la

desvinculación laboral y, por obvias razones que el empleador conociera previamente de dicha limitación.

Así pues, acreditado como está que el contrato de la demandante finalizó el 31 de mayo de 2016, empero, una vez revisado el haz probatorio, no encuentra la Sala que la demandante tuviese incapacidad o que estuviera sometida a tratamiento médico alguno al momento de haber sido despedida y además, que su empleador, ya sea OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES o SERVICIOS POSTALES NACIONALES, tuvieran conocimiento de ello empleador.

En efecto, la valoración integral del acervo probatorio, incluidos los correos electrónicos, frente a los cuales debe decirse no fueron desconocidos por la accionada, y, si bien es cierto tal prueba no fue aportada conforme a las previsiones de la Ley 527 de 1999 no es menos cierto que los artículos 243 y 247 del CGP permite tenerlos como prueba, por lo cual deben ser valorados de forma conjunta con los demás medios de prueba, de ahí que, claro es que aunque de las impresiones aportadas, al no tenerse certeza sobre su autoría o de quien provienen no pueden dárseles un valor probatorio absoluto, sin embargo, de su revisión se extrae que el primero de ellos corresponde al mes de noviembre de 2013 (fl. 77), donde la demandante manifiesta que adjunta incapacidad, sin que pueda llegar a ser legible:

Incapacidad Liliana
1 mensaje

77

LILIANA RUIZ <lilianajanneth@gmail.com> 18 de noviembre de 2011, 8:23
Para: Maria Claudia Moreno <maria.moreno@4-72.com.co>
Cc: "hernando.beltran" <hernando.beltran@4-72.com.co>

-buenos dias Jefe..... adunto la incapacidad ,y le cuento que tengo el celular sin señal no se si es la red de Tigo, de todas maneras voy a dormir - unn ratito y cualquier cosa me puede llamar a la casa 6966847 o me escribe si necesita algo.

Dios la bendiga.....

Liliana



SDC14394.JPG
195K

De igual modo se aportó a folio 87:

Gmail — **Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com>**

Incapacidad pendiente Liliana Ospina
3 mensajes

Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com> 24 de noviembre de 2013, 22:20
Para: Maria Claudia Moreno <maria.moreno@4-72.com.co>
Cc: "hernando.beltran" <hernando.beltran@4-72.com.co>, Yolima Gutierrez <yolima.gutierrez@4-72.com.co>

--

buenas noches Jefe

Adjunto la incapacidad correspondiente a esta semana me demore en pasarla porque me toco solicitar la historia clinica que exige la temporal se me ha convertido en un dilema con compensar porque ellos dicen que la historia clinica solo le pertenece al paciente y al medico y q si la empresa la necesita q la pidan directamente a compensar y me toco esperar a que me la dieran el viernes yo le dijea Hernandito cuando me llamo no la pude enviar porq me cai y no estoy bien.

Aclaro que mi celular esta fallando

Agradezco el apoyo a su colaboración y compresión.

Ya el entregue los originales a Yolima .

3 archivos adjuntos

003.pdf
267K

002.pdf
497K

001.pdf
537K

incapacidad Nov 27 2013 y orden neurocirujano
2 mensajes

Yolima Gutierrez <yolima.gutierrez@4-72.com.co> 2 de diciembre de 2013, 12:17
Para: lilianajanneth@gmail.com
Cc: maria.moreno@4-72.com.co

El mensaje está listo para enviarse con los siguientes datos adjuntos:

incapacidad Nov 27 2013 y orden neurocirujano

Nota: los programas de correo electrónico pueden impedir el envío y la recepción de cierto tipo de archivos adjuntos para proteger su equipo frente a posibles virus. Compruebe la configuración de seguridad de su correo electrónico para determinar cómo se controlarán los documentos adjuntos.

incapacidad Nov 27 2013 y orden neurocirujano.pdf
198K

Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com> 29 de enero de 2014, 14:19
Para: lachicamala656@hotmail.com

---------- Mensaje reenviado ----------
De: **Yolima Gutierrez** <yolima.gutierrez@4-72.com.co>
Fecha: 2 de diciembre de 2013, 12:17
Asunto: incapacidad Nov 27 2013 y orden neurocirujano
Para: lilianajanneth@gmail.com
Cc: maria.moreno@4-72.com.co
[El texto citado está oculto]

Posteriormente, el 05 de diciembre de 2013 (fls. 88):

Gmail

Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com>

incapacidad liliana dic 2 2013

2 mensajes

Yolima Gutierrez <yolima.gutierrez@4-72.com.co> 5 de diciembre de 2013, 10:43
Para: lilianajanneth@gmail.com
Cc: maria.moreno@4-72.com.co

El mensaje está listo para enviarse con los siguientes datos adjuntos:

incapacidad liliana dic 2 2013

Nota: los programas de correo electrónico pueden impedir el envío y la recepción de cierto tipo de archivos adjuntos para proteger su equipo frente a posibles virus. Compruebe la configuración de seguridad de su correo electrónico para determinar cómo se controlarán los documentos adjuntos.

incapacidad liliana dic 2 2013.pdf
71K

Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com> 29 de enero de 2014, 14:19
Para: lachicamala656@hotmail.com

——— Mensaje reenviado ———
De: **Yolima Gutierrez** <yolima.gutierrez@4-72.com.co>
Fecha: 5 de diciembre de 2013, 10:43
Asunto: incapacidad liliana dic 2 2013
Para: lilianajanneth@gmail.com
Cc: maria.moreno@4-72.com.co
[El texto citado está oculto]

--

incapacidad liliana dic 2 2013.pdf
71K

Gmail

Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com>

incapacidad liliana enero 9 y 13 yradicado solic documentos

2 mensajes

Yolima Gutierrez <yolima.gutierrez@4-72.com.co> 17 de enero de 2014, 9:01
Para: lilianajanneth@gmail.com
Cc: Maria Moreno Gonzalez <maria.moreno@4-72.com.co>

El mensaje está listo para enviarse con los siguientes datos adjuntos:

incapacidad liliana enero 9 y 13 yradicado solic documentos

Nota: los programas de correo electrónico pueden impedir el envío y la recepción de cierto tipo de archivos adjuntos para proteger su equipo frente a posibles virus. Compruebe la configuración de seguridad de su correo electrónico para determinar cómo se controlarán los documentos adjuntos.

incapacidad liliana enero 9 y 13 yradicado solic documentos.pdf
142K

Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com> 29 de enero de 2014, 14:21
Para: lachicamala656@hotmail.com

——— Mensaje reenviado ———
De: **Yolima Gutierrez** <yolima.gutierrez@4-72.com.co>
Fecha: 17 de enero de 2014, 9:01
Asunto: incapacidad liliana enero 9 y 13 yradicado solic documentos
Para: lilianajanneth@gmail.com
Cc: Maria Moreno Gonzalez <maria.moreno@4-72.com.co>
[El texto citado está oculto]

--

incapacidad liliana enero 9 y 13 yradicado solic documentos.pdf
142K

Seguidamente a folio 89 se agregó la siguiente impresión de correo electrónico:

Gmail — Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com>

Incapacidad liliana ospina dic 9 al 16 dic 2013
2 mensajes

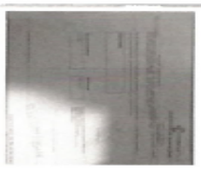
Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com> 10 de diciembre de 2013, 3:30
Para: Yolima Gutierrez <yolima.gutierrez@4-72.com.co>, Maria Claudia Moreno <maria.moreno@4-72.com.co>

Yolima adjunto copia de la incapacidad correspondiente a esta semana te la dejo en tu casa por fa para radicar hoy me entrgan la copia de la histori clinica .

jefe tengo la cita con el neurocirujano el viernes te cuento q me dice

Dios las bendiga

Liliana Ospina



IMG_20131210_032616.jpg
463K

Maria Moreno Gonzalez <maria.moreno@4-72.com.co> 15 de diciembre de 2013, 23:23
Para: Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com>

Que te mejores pronto.

DTB

De: Liliana Ospina [mailto:lilianajanneth@gmail.com]
Enviado el: martes, 10 de diciembre de 2013 03:30 a.m.
Para: Yolima Gutierrez; Maria Moreno Gonzalez
Asunto: Incapacidad liliana ospina dic 9 al 16 dic 2013

Yolima adjunto copia de la incapacidad correspondiente a esta semana te la dejo en tu casa por fa para radicar hoy me entrgan la copia de la histori clinica .

jefe tengo la cita con el neurocirujano el viernes te cuento q me dice

Dios las bendiga

Liliana Ospina

Posteriormente, se agregó la siguiente impresión (fl. 91):

Gmail — Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com>

Incapacidad 31 marzo al 4 abril 2014 liliana ospina
2 mensajes

Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com> 31 de marzo de 2014, 23:31
Para: Maria Claudia Moreno <maria.moreno@4-72.com.co>
Cc: servicioalcliente@4-72.com.co

Jefe buenas noches adjunto la incapacidad de esta semana la historia clinica la entregan el viernes ya la solicite tan pronto me la envien le aviso gracias toy muy enfermita muy nflamada el 15 de abril tengo examen de las extremidades y falta q me asignen la cita con el fisiatra quien determinara q tengo segun examenes q El envie .....por favor ore por mi en sus oraciones gracias estoy abrrida y cansada de estos dolores hago terapias y salgo a caminar pero me duele mucho todo estoy esperando mejorar un pococ la economia para ver si puedo pagar un curso de natacion q me lo enviaron.

Adjunti la incapacidad de esta semana gracias Dios la bendiga



IMG_20140331_200741.jpg
401K

Gmail Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com>

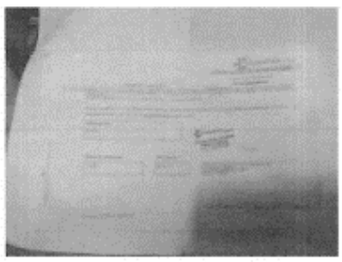
Incapacidades Liliana Ospina
1 mensaje

Liliana Ospina <lilianajanneth@gmail.com> 17 de marzo de 2014, 21:29
Para: Maria Claudia Moreno <maria.moreno@4-72.com.co>, servicioalcliente@4-72.com.co, Yolima Gutierrez <yolima.gutierrez@4-72.com.co>

Buenas noches Jefe

Adjunto copia de la incapacidad de la semana pasada y esta semana hoy estuve clinica paternoon me remitieron a prioritari me incapacitaron el viernes tengo la cita con el reumatologo le estare informado estoy muy inflAmada no puedo casi caminar las incapacidades originales Yolima me hace el favor de radicarlas gracias

2 archivos **adjuntos**



IMG_20140317_194253.jpg
338K



IMG_20140317_194230.jpg
335K

De tales documentos no puede extraerse, por ser ilegibles cuáles eran las patologías y los días en que presuntamente estuvo incapacitada la demandante, sumado al hecho que todos esos documentos y las manifestaciones que contienen los correos provienen de la demandante, sin que se tenga certeza alguna de las personas a quien se las remitía, pero en todo caso, fueron emitidas casi un año antes de su desvinculación laboral. Por otro lado, se avizora de la historia clínica que la actora el 18 de noviembre de 2015 estuvo en psicoterapia individual por psicología; el 24 de noviembre de 2015, estuvo en control de fisiatría, el 07 de diciembre de 2015 en control por psiquiatría, estuvo en consulta por *los ganglios del cuello* los días 02 de marzo de 2016, 12 de abril por consulta de psiquiatría y los días 03, 04 y 16 de mayo de 2016, estuvo en citas de control, diagnóstico y seguimiento (fls. 120 a 129).

Dichas incapacidades en sentir de la Sala, por sí solas, no configuran presupuesto fáctico alguno para una estabilidad laboral reforzada, pues además de obedecer a seguimiento y control de las posibles patologías de la demandante, no se tiene medio probatorio alguno que implique que la accionada conocía de las mismas, aparte de ello, se itera, no se advierte que la actora contase con recomendaciones medico ocupacionales o restricción laboral alguna que permita inferir a partir de ese hecho, en caso de que fuese conocido

por su empleador, que en la decisión de despido medio un nexo causal y que en consecuencia, la decisión del finiquito unilateral de la relación laboral obedeciere a una limitación física del trabajador para desempeñar sus labores en condiciones regulares.

Teniendo en cuenta el anterior material probatorio, se insiste, no se aportó al proceso ningún medio de prueba que permita tener conocimiento sobre las condiciones de salud, evolución, tratamientos, terapias, incapacidades y condiciones en que trabajó el demandante hasta la fecha del despido, o que dichas situaciones de haberse presentado eventualmente fueran notificadas a su ex empleador.

Establecido lo anterior, no está demás señalar que la Ley 361 de 1997, tiene su teleología en el trato discriminatorio del empleador al trabajador en situación de vulnerabilidad, lo que en este trámite no quedó demostrado, toda vez que no se evidencia que el empleador previo a esos dos días de incapacidad, que resulta aislada, tuviera conocimiento de algún padecimiento o restricción en su salud, por lo que mal podría aplicarse los efectos del reintegro a la luz del espíritu que impregna la Ley 361 de 1997, que se edifica en proteger al trabajador disminuido por su salud frente al trato discriminatorio del empleador, el cual, necesariamente debe partir del hecho comprobado que el empleador previamente tuviera conocimiento de los padecimientos del trabajador.

Al analizar el material probatorio recaudado no es procedente especular que la actora fue despedida debido a la patología que presentaba, ya que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 refiere que debe mediar un nexo causal entre el deficitario estado de salud del trabajador que desea beneficiarse de la estabilidad laboral reforzada y el despido o la terminación del vínculo laboral, pues la normativa expresamente señala como presupuesto que el motivo que origina la finalización del vínculo laboral debe ser por razón de la limitación física, situación que no se logra desprender en el caso sub examine, habida cuenta que, no se probó que estuviera incapacitada para la época en que fue despedida, ni que el empleador tuviese conocimiento de eventuales condiciones precarias de salud de la aquí demandante al término del contrato.

En ese orden de ideas, debe confirmarse la sentencia de primera instancia en este puntual aspecto, sin que sea dable a esta Sala estudiar el hecho del despido y la posible estabilidad laboral reforzada para el mes de noviembre de 2016, pues si bien se ordenó un reintegro desde el 01 de junio de 2016 por vía de tutela (fls. 104 a 111), este fue de carácter transitorio, de tal manera que en nada incide lo allí decidido frente al examen y valoración que precisa del juez natural, a quien le corresponde conforme a la valoración de los medios de prueba aportados al juicio ordinario, con el alcance del artículo 61 del CPTSS, tomar la decisión definitiva; tal y como ocurrió en la presente causa.

Corolario de lo expuesto, habrá de confirmarse la decisión de primer grado en este

aparte; asimismo, habrá de confirmarse lo atinente a la indemnización por despido otorgado, como quiera que el motivo de oposición de la accionada frente a la misma versó únicamente en que ésta no era su empleadora por estar vinculada la demandante a través de una empresa de servicios temporales, lo cual, como se analizó y definió, fue desvirtuado, haciendo procedente el pago de la misma.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos materia de apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

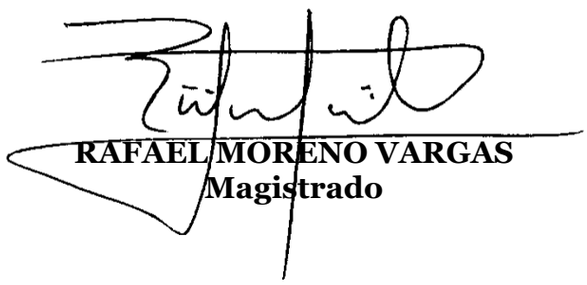
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JUAN GUILLERMO MEJIA OSORIO contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-012-2019-00615-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las accionadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de julio de 2021. De igual modo, revisarla en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JUAN GUILLERMO MEJIA OSORIO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual -RAIS con la AFP PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el traslado de los aportes realizados en la AFP PORVENIR a COLPENSIONES. Que se ordene a COLPENSIONES aceptar la vinculación, más lo ultra y extra petita y la condena en costas a todas las entidades demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que nació el 01 de octubre de 1959, venia cotizando al sistema de seguridad social en pensiones al Instituto de Seguros Sociales -ISS, hoy en día COLPENSIONES, desde el 04 de abril de 1986 hasta el 31 de agosto de 2001. En el RPMPD cotizo un total de 793 semanas.

Posteriormente realizó traslado a PORVENIR el 01 de agosto de 2001, como consecuencia de falsas expectativas referente a supuestas ventajas que PORVENIR ofrecía respecto del entonces Instituto de Seguros Sociales. Seguido de ello, realizó reclamación administrativa el 12 de agosto de 2019 ante COLPENSIONES en la cual solicitó declarar la nulidad del traslado de los aportes realizados del RPMPD administrada por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS, AFP PORVENIR y, en consecuencia, se aceptara la devolución de los aportes a COLPENSIONES. Manifestó Colpensiones mediante comunicación 13 de agosto de 2019, emitió respuesta a la reclamación administrativa negando la solicitud. De igual manera elevó solicitud a PORVENIR el 12 de agosto de 2019 solicitando el traslado de los aportes nuevamente al RPMPD entidad que a la fecha no ha emitido respuesta alguna. El fondo privado PORVENIR al momento de realizarle la afiliación no le suministro información real de las consecuencias del traslado además de eso indujo engaño al señalarle una serie de ventajas que realmente no posee el RAIS. Posteriormente, PORVENIR cuando realizó su afiliación incurrió en engaño generándole unas falsas expectativas al indicarle que la mesada pensional que percibiría en dicha entidad sería muy superior en el RPMPD, entre otros argumentos falsos para convencerlo de realizar dicho traslado. Que el funcionario de PORVENIR faltó al deber de información que debía observar, máxime si se trató de una decisión cuyas consecuencias futuras le vulnerarían el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital de quien engañado decide trasladarse al fondo de pensiones. Seguido de ello, el funcionario de PORVENIR que realizó la asesoría al momento del traslado no le informó el valor de su mesada pensional, que sería inferior a la que percibiría en el ISS, hoy COLPENSIONES. Así mismo al momento del traslado no le elaboró una proyección financiera que le permitiera obtener la información completa sobre su mesada pensional, tampoco le realizó un parámetro comparativo entre el RPMPD al del RAIS que le permitiera tomar una decisión consciente de las consecuencias futuras. Solicitó el traslado del Fondo Privado al RPMPD luego de haber consultado a un actuario quien le indicó que en PORVENIR su pensión le alcanzaría tan solo a la mitad de lo que pudo percibir en el RPMPD que no era como le indicaron cuando le realizaron el traslado y cuando solicitó el traslado nuevamente al RPMPD en el año 2019 contaba con 60 años de edad. Finalmente expuso que a la fecha no tiene la edad para pensionarse, no obstante, debido a la diferencia entre la pensión que posiblemente le reconocería el fondo de ahorro individual y que la que pudo percibir en el RPMPD decidió solicitar su traslado con el propósito de no ver afectada su vida futura por no acceder a una pensión que le permitiera vivir en condiciones dignas; aspecto que comprendió una vez recibida la asesoría adecuada por parte de un actuario (fls 1 a 6).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas incoadas en su contra, argumentando que en el presente asunto era evidente que la parte actora gozó de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual se verificaba porque el afiliado fue consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y porque que la elección del régimen y de la administradora se llevó a acabo de manera libre, espontánea y sin presiones dejando sin certeza lo estipulado en el escrito de la demanda; en razón a ello, fue válidamente afiliado a la AFP PORVENIR S.A. y no probo error, fuerza o dolo, en la afiliación a la administradora privada por lo cual no procede la declaratoria de nulidad y/o ineficacia; que al ser taxativas las causales de nulidad resulta potísimo probarlas en el proceso. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (fls 38 a 43).

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que, la afiliación al RAIS en el año 2001 fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido asesorado ampliamente sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales individuales tal como se apreció en la solicitud de vinculación N° 01597941 – documento público- en donde se observa la declaración escrita a que se refirió el artículo 114 de la ley 100 de 1993; documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del articulo 54 A del CPT, razón por la cual, el traslado se consideró valido dentro de los términos establecidos por la ley en la cual se especificaron las características del régimen. Argumento que por lo anterior no es posible decretar la nulidad de la afiliación por no existieron vicios del consentimiento, tampoco se evidencia causa y objetos ilícitos, en tanto que la decisión fue libre, voluntaria y espontánea. Que tampoco procede declarar la ineficacia requerida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puesto que opera frente a actos en que se impide y atenta contra el derecho de afiliación al sistema, es decir, contra conductas dolosas que en este caso ni se alegaron ni se acreditaron. Advirtió que de proceder la nulidad y/o ineficacia, no existe razón jurídica o fáctica para la condena por gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el RPMPD se destinó un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, dichos gastos de administración no forman

parte integral de la pensión vejez, por ello están sujetos a la prescripción; resaltando que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó de forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas cifras a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que procediera la devolución de la prima de seguro provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración. De igual manera, expuso que, de ordenarse el traslado de esos gastos a Colpensiones, se configura en enriquecimiento sin causa, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución y lo mismo ocurría con el reintegro del valor de la póliza. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación», «excepción genérica» (CD fl. 76)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 23 de junio de 2021; declaró la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización de la demandante celebrada con PORVENIR S.A., el 28 de agosto de 2001. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar el valor de saldos aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades de la cuenta de ahorro individual del actor. Ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del accionante y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular. Absolvió a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR de las demás suplicas de la demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que el afiliado haya recibido una información amplia y completa sobre las implicaciones de su decisión. Precisó que aunque se firme el formulario de manera libre y espontánea no era indicativo de tener conocimiento de esa decisión, ya que al no estar demostrada la información de las AFP no era posible afirmar que existió la autodeterminación por parte del afiliado y que esa documentación no evidenciaba las condiciones de claridad de los efectos que acarreaba el cambio de régimen. Finalmente, preciso que la excepción de prescripción propuesta no es viable pues el órgano de cierre ya estipuló que los casos de ineficacia y nulidad del traslado, son imprescriptibles y en cuanto a los gastos de administración, señaló que dichas expensas deben ser retornadas cuando no se haya demostrado una efectiva gestión.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, presento recurso de alzada para que se revoque en su totalidad la sentencia emitida, manifestando que el fallador generó y declaró una ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, pero que para ello era necesario que se surtiera la ineficacia que comprobara el acto de impedir o atentar contra la obligación del trabajador y eso supuso un dolo que no fue alegado ni manifestado dentro del proceso; indicó que pese a lo indicado por el fallador, al formulario de afiliación no podía restársele valor probatorio y mucho menos desconocerlo, ya que nació de la Ley 100 de 1993 que en su artículo 114 indica que cuando se genere un cambio de régimen, ese se debe hacer por escrito con la manifestación que dicho traslado fue de manera libre y voluntaria, tal cual ocurrió, y por cumplir con la ley no debió ser condenada; además que, si el formulario de afiliación no era una prueba que diera certeza de la información entregada, el fallador de primera instancia no indicó cual es el documento que se exige a las administradoras en ese caso para demostrar que el señor estuvo vinculado de forma libre, voluntaria e informado y que adicional a ello, nunca presento ningún tipo de inconformidad, queja o reclamo en cuanto a la afiliación que mantuvo desde el año 2001 con PORVENIR, puesto que no pudo llevar al asesor que hace más de 21 años brindó la asesoría y tampoco pudo fabricar un documento diferente al exigible para la época. Indicó que el demandante se encontraba inmerso en la previsión legar que exige la Ley 797 del 2003, la cual fue sometida a un control previo constitucional y conforme a la sentencia C-1034 del 2004 fue declarada exequible previendo aspectos de carácter general por encima del particular, la protección del sistema general de pensiones con la nueva descapitalización del RPMPD, con un principio de estabilidad financiera en el RAIS y no era dable que el demandante se escude en una falta de información únicamente porque su plan de pensión no resulto acorde a sus aspiraciones. Anotó que el demandante dentro del interrogatorio siempre manifestó que la mesada pensional en el RPMD es mayor a la del régimen de ahorro individual y que cuando se enteró de ese cambio, de que era más conveniente permanecer en el otro régimen, fue cuando manifestó la inconformidad, no por la información que indica no recordó dentro de su interrogatorio y que el demandante promovió una demanda en un proceso indicando que no recibió una información, pese a que dentro del interrogatorio quedó demostrado que él no recordaba la información que realmente se le entregó. Además de ello, señaló respecto a la condena por devolución de los gastos de administración que este es un descuento permitido por la ley, además en el RPMPD se destina un 3% de cotización a financiar estos gastos y además, no forman parte integral de la pensión vejez, es decir, no es un emolumento que le correspondiera al

afiliado, ni financian la prestación por vejez, de ahí que también sean susceptibles del término de prescripción; sumado al hecho que generan un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES que en ningún momento efectuó la administración que sí hizo PORVENIR por más de 19 años.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** también apeló la decisión, manifestando que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trato la Ley 797 de 2003, consistente en negar la posibilidad del regreso al RPMPD a los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones que cuenten con menos de 10 años para adquirir su estatus pensional; prohibición que se estableció en aras de salvaguardar los recursos de la seguridad social y la descompensación fiscal del sistema. Que la declaratoria de ineficacia dejó de lado las manifestaciones hechas en el interrogatorio de parte, que conllevó a la aplicación del precedente jurisprudencial que se dejó enmarcado en la sentencia SL1452 de la Sala de Casación Laboral con lo referente en la aclaración de voto del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno, según el cual, el concepto de la ineficacia de traslado no puede predicarse en todos los casos de manera automática, sino que depende de aquellas falencias de la información o inexistencia del consentimiento informado que hubiesen producido un claro y cierto perjuicio y específicamente determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado, como quien pierde el régimen de transición sin ser advertido de ello, o cuando se comprometió inconscientemente el nacimiento de un derecho pensiona. En ese orden, sostuvo que la motivación no se encontró enmarcada en la falta de información frente a la afiliación que se produjo en el año 2001, sino que se buscó como se mencionó en la misma sentencia, demandar la ineficacia de traslado porque pasado el tiempo su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones; contrario a ello, solicitó que se analicen las circunstancias particulares del caso y que se reivindiquen reglas generales automáticas que miren la estabilidad pensional y no desconozcan los principios fundamentales de la autonomía y de la voluntad y de la libre escogencia de régimen. Por otro lado, señaló que el actor según su dicho hizo aportes voluntarios a pensiones y los usó, situación que debe ser verificada, pues con ello se entreveía que se conocieron las características del RAIS y no se desconocían las consecuencias de pertenecer a este régimen.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión, las accionadas

en similares términos a los expresados en los recursos de alzada y la parte, actora solicitando la confirmación de la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

Pese a que la parte actora no aporta prueba del hecho primero de la demanda, esto es, Registro Civil de Nacimiento o cédula de ciudadanía, se puede colegir de la historia laboral y formulario de afiliación que el demandante nació el 09 de mayo de 1959, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del presente año, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 12 de agosto de 2019 (fl. 9, 13 y 14), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de diez años de edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 411 semanas cotizadas al ISS (fl. 15 a 20), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 28 de agosto de 2001, según información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR (Exp digital. 3-PRUEBAS Pág. 35).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A., inclusive COLPENSIONES S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen 28 de agosto de 2001 (Exp digital. 3-pruebas Pág. 35), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues

dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima*».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la

sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

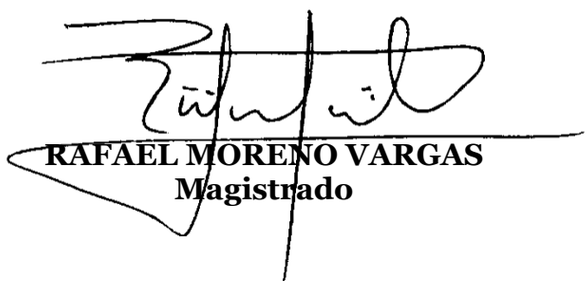
RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por RAFAEL GARCIA ROBERTO contra PVC GERFOR S.A. Rad. 110013105-015-2019-00696-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 01 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **RAFAEL GARCIA ROBERTO** instauró demanda ordinaria laboral contra PVC GERFOR S.A., con la finalidad de que se declare que por pertenecer al sindicato SINTRAGERFORSETIP en calidad de afiliado, al momento del despido se encontraba amparado por la protección de Fuero Circunstancial, por encontrarse los trabajadores en conflicto colectivo. Por lo tanto, se condene a la demandada a realizar su reintegro al cargo que venía desempeñando al momento del despido, o a uno de igual o superior categoría y remuneración, le pague los salarios y prestaciones dejados de percibir, con los aumentos legales convencionales, causados desde la fecha del despido y hasta el día en que sea efectivamente reintegrado, junto con los aportes a pensión, los beneficios convencionales y extralaborales, la indexación, costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el día 23 de septiembre de 2013 SINTRAGERFORSETIP presentó a la demandada el listado de los trabajadores afiliados a dicho sindicato hasta la fecha, indicó que el día 01 de diciembre de 2015 SINTRAGERFORSETIP, presentó Pliego de Peticiones ante la empresa PVC GERFOR

S.A., el día 16 de enero de 2017 se terminó la etapa de arreglo directo, que el día 13 de mayo de 2016 se solicitó, por parte del Sindicato SINTRAGERFORSETIP, al Ministerio del Trabajo, la integración obligatoria de un Tribunal de Arbitramento con la finalidad de dirimir el conflicto colectivo suscitado entre los trabajadores y la demandada, así las cosas, el día 01 de octubre de 2018, se posesionó el tercer árbitro del Tribunal de Arbitramento. Adujo que el 15 de marzo de 2019, el Ministerio de Trabajo, informó al sindicato SINTRAGERFORSETIP, mediante oficio Radicado No. 20193310000000009217, que el acto administrativo que decide la solicitud de convocatoria de un tribunal de arbitramento obligatorio, a tal fecha se encontraba al despacho del viceministro de Relaciones Laborales e Inspección para la respectiva firma, por lo que el conflicto colectivo entre los trabajadores y la demandada se encuentra vigente. Expresó que el sindicato SINTRAGERFORSETIP, es una organización sindical industrial de primer grado, con domicilio en el municipio de Cota - Cundinamarca, y se encuentra debidamente inscrita en el registro sindical.

De otro lado, informó que suscribió un contrato laboral a término indefinido con la empresa PVC GERFOR S.A., con un último salario base de $1.014.900, además de otras remuneraciones por concepto de horas extras, dominicales y feriados a la fecha del despido. Informó que el día 01 de agosto de 2017, lo llamaron a diligencia de descargos y más adelante, el día 04 de agosto de 2017, a diligencia de ampliación de descargos, agregó que el día 04 de agosto de 2017, la demandada terminó su contrato de trabajo sin justa causa, aduciendo estado de embriaguez, sin el respeto por el debido proceso para realizar la prueba de alcoholemia, de acuerdo con lo ordenado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Resolución No. 001844 de 18 de diciembre de 20016, por la cual se adopta la segunda versión de la «Guía para la Medición Indirecta de Alcoholemia a Través de Aire Espirado», al no realizar técnicamente la medición indirecta de alcoholemia a través de aire espirado. En suma, argumentó que la demandada vulneró además el derecho a la igualdad despidiéndolo fulminantemente por estar bajo los efectos de alcohol, pero en paralelo sólo sancionó con suspensión del contrato de trabajo por 3 días al señor Juan Carlos Carvajal Bernal, trabajador de la empresa, quien es Operador 2 de Extracción y Corrugado y se encontraba en circunstancias similares. Finalmente añadió que desde el inicio de sus labores y hasta el último día de las mismas su comportamiento fue intachable, sin ningún llamado de atención por parte de ninguna autoridad en el interior de la empresa (Fls. 3 a 9).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **PVC GERFOR S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que, el demandante efectivamente hacia parte de la

organización sindical, pero el mismo no contaba con ninguna condición especial al interior del mismo sindicato que lo hiciera merecedor de un fuero. Agregó que el Tribunal solo fue constituido en el mes de marzo del año 2019, sin que el sindicato hiciera gestión para que el Ministerio decidiera con prontitud su solicitud, argumentó que es totalmente contradictorio que se afirme que el Ministerio haya resuelto la petición en marzo de 2019, y que el tercer arbitro se haya presentado en octubre de 2018, además precisó, que el último salario promedio devengado por el actor correspondió a la suma de $1.351.676.00. De la misma manera, añadió que el contrato de trabajo terminó por justa causa imputable al demandante, y de manera clara se le señalaron los hechos en la respectiva comunicación. Manifestó que la falta grave en la que incurrió el actor fue la de presentarse al trabajo en estado de embriaguez, para lo cual la empresa permitió al actor el ejercicio al derecho de la defensa, citándolo a descargos, escuchándolo y de esta forma brindando las garantías de un debido proceso. Indicó que en la empresa existe un procedimiento previamente establecido para la toma de muestras de alcohol, por medio del cual se realiza técnicamente y profesionalmente la medición de alcoholemia a través de aire aspirado. Por último, agregó que la citación a la ampliación de descargos se efectúo el día 02 de agosto de 2017. Formuló como excepciones de fondo las de «incumplimiento de contrato», «cobro de lo no debido», «inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada», «prescripción», «buena fe» y «compensación» (Fls. 50 a 62).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 06 de julio de 2021, absolvió a la demandada GERFOR S.A, de todas y cada una de las pretensiones invocadas, declaró demostradas las excepciones de existencia de una justa causa de la terminación del contrato de trabajo, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y condenó en costas a la parte actora (Fl. 125)

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no es una falta disciplinaria sino una potestad que ejerce el empleador conforme la condición resolutoria establecida en el art. 64 el Código Sustantivo del Trabajo y conforme a las causales también prevé la ley para dar por terminado el contrato de trabajo sin que se requiera un trámite previo a su retiro como si se exige para imponer una sanción, salvo que cualquier otro reglamento determine que se debe seguir un procedimiento. Respecto de las pruebas de alcoholemia indicó que las Altas Cortes también han manifestado que tiene plena validez cuando el empleador lo considere oportuno con el ánimo de promulgar y promover la seguridad industrial, de manera que ningún trabajador se puede negar a practicar dicha prueba,

añadió que no hay una solemnidad expresa sino que es el empleador quien debe acreditar dicha conducta por algún medio probatorio, no bastando probar que el trabajador se presentó bajo los efectos del alcohol sino que estos además afectaron el servicio de manera negativa. Argumentó que, según los testimonios, el actor se presentó a laborar en estado de embriaguez, señaló que, en el contexto de las funciones del actor, fue evidente el peligro que podía representar operar las maquinas bajo ese estado, quedando demostrada la conducta que se le indilgó al demandante. Explicó que respecto a la legalidad de dicha conducta la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en indicar que frente a estas conductas se presentan dos situaciones: una, cuando se deja en libertad al operador judicial en determinar la gravedad de la conducta y otra cuando las partes expresamente pactan lo correspondiente a la gravedad o no de la misma, estado restringido el operador judicial de valorar la gravedad de la misma, mencionó que esta alta corporación ha manifestado que el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez puede constituirse una causa de despido si se considera grave por el respectivo operador judicial, en función de las condiciones del trabajador o si de antemano ha sido consagrada en alguna convención colectiva, pacto colectivo, contrato el trabajo o reglamento interno. Evidenció que las partes pactaron en el contrato de trabajo como falta grave que da lugar a la terminación del vínculo, presentarse en estado de embriaguez al lugar de trabajo, de manera que se consideraba vedado calificar la gravedad o no de la falta cuando las partes así lo establecieron, en tal sentido, acreditado el grado de embriaguez y no incidiendo la condición de sindicalizado, absolvió a la demandada y declaró demostrada la causal de demostración de la existencia de una justa causa de la terminación del contrato y cobro de lo no debió propuestas por la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora, presentó recurso de apelación, argumentando que la prueba de alcoholemia no tiene relación con un proceso disciplinario, pues este último es un paso previo y obligatorio para que la empresa pueda iniciar el proceso disciplinario, por lo que en el presente asunto no se debate el momento cuando se hace la toma de la muestra de alcohol con el alcosensor y por lo tanto, el proceso disciplinario que se le realizó al trabajador, sino acerca de la normatividad de la empresa, una Resolución de Medicina Legal y el documento Programa de Prevención de Consumo de Drogas y Alcohol y Tabaco, elaborado entre la empresa GERFOR y Sura, mencionó que la empresa fue permisiva y no aplicó el principio de igualdad ni debidamente el Art. 85 del Reglamento Interno de Trabajo el cual hace mención a la falta grave por presentarse a trabajar en estado de embriaguez y fue un juzgamiento subjetivo, sin sustento legal y además desproporcional respecto de su compañero de trabajo que se encontraba en similares condiciones, irrespetando la reglamentación pertinente y desconociendo la tipicidad, la legalidad y el debido proceso.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la finalización del vínculo laboral en el contrato ejecutado entre las partes, obedeció a las justas causas alegadas por el empleador, verificando si se debe seguir un proceso disciplinario para el despido. De demostrarse que ocurrió sin una justa causa, se entrará a estudiar si hay lugar al reintegro deprecado por la existencia del fuero circunstancial.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis de lo que es objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existe una relación laboral desde el 20 de junio de 2006, como así se evidencia del contenido del contrato laboral visible a folios 62 vto. y 63, aunado a que en los escritos de demanda y contestación no se invocó oposición alguna frente a tal hecho; contratación que se dio por terminada de manera unilateral por parte del empleador el 04 de agosto de 2017 -fl.71, aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

Con el fin de dar un orden metódico a los puntos de informidad en que se edifica la alzada, en primer término, se adentrará esta Sala de Decisión a resolver si ocurrió o no un despido sin justa causa y si se vulneró el derecho de defensa y debido proceso al demandante con dicha actuación.

Como es sabido, la jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización y/o reintegro por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras muchas). Advirtiendo que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes. En este caso, el hecho del despido, como se esbozó en precedencia no ofrece controversia probatoria alguna, máxime cuando a folios 21 y 68 vto., obra la carta de terminación emanada del Jefe de Selección y Formación; y en ese orden de ideas, corresponde a la

empleadora demandada, una vez demostrado el despido, la carga procesal de demostrar la justeza del mismo.

Sobre este particular, conviene aclarar, que si bien es cierto la Doctrina Probable de esta especialidad, ha enseñado que la sanciones disciplinarias no pueden asemejarse al despido, de modo tal que en este último evento no puede exigirse del empleador la tipificación de una conducta calificada como grave ni el trámite de un procedimiento previo que eventualmente esté previsto en el Reglamento Interno de Trabajo, Contrato de Trabajo o Convención Colectiva, pues para ello basta con que el empleador invoque una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo y dé a conocer al trabajador los hechos en que se fundamenta; tal regla general no es del todo absoluta, pues existen eventos en los cuales el despido si debe tratarse como una sanción disciplinaria, tal es el caso, cuando en el Reglamento Interno de Trabajo -RIT, Convención Colectiva o contrato de trabajo, se haya catalogado al despido como la sanción máxima a imponer por la comisión de faltas graves, y se haya previsto un trámite previo para la adopción de la sanción de despido; así pues, en sentencia SL3655-2016 del 9 de marzo de 2016, Rad. 47346, nuestro órgano de cierre precisó que atendiendo a que el RIT gobierna las relaciones internas entre patrono y trabajador, si en dicho estamento normativo se categoriza al despido como una sanción o a determinada falta grave se le asigna como sanción el despido, es ineludible dar cumplimiento a lo dispuesto en el respectivo reglamento, que exige como primera medida la tipificación de la conducta o falta como grave y sancionable con el despido, y en segundo lugar, que se cumpla el procedimiento establecido en dichas normas rectoras.

En el pronunciamiento que se trae como referente, la mencionada colegiatura razonó:

> *«De vieja data, **de forma excepcional**, la jurisprudencia laboral le **reconoce el carácter sancionatorio al despido** cuando así se ha establecido en cualquiera de los instrumentos normativos que pueden regular las relaciones laborales, entre ellos el reglamento interno de trabajo, verbigracia en la sentencia CSJ SL del 15 de febrero de 2011, no. 39394, a saber:*
>
> *En asuntos de similares características a los que son objeto de controversia, la Corte ha precisado con insistencia que el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y, en consecuencia, aquel no tiene que estar sujeto a un trámite previo, salvo que tal exigencia se hubiera pactado en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral, situación que no es la acontecida en el sub judice.*
>
> *Para el efecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 22 de abril y 13 de marzo de 2008, radicaciones 30612 y 32422, respectivamente, en las que se dijo:*
>
> *"Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa».*

Acorde con lo anterior, no es apropiado afirmar de manera automática e inexcusable que el despido no es una sanción disciplinaria, pues, en primer lugar, deberá determinarse si el mismo fue o no establecido como una sanción disciplinaria por alguna norma que regule internamente la relación laboral, y según se determine la connotación jurídica en que se dio el despido, así mismo, el debate probatorio en el proceso puede virar en sentidos diferentes para establecer la justedad del despido. Así pues, a efectos de establecer, si el despido eventualmente se trata o no de una sanción disciplinaria, en primer lugar se debe analizar el contexto fáctico y jurídico en que se suscitó el mismo, particularmente de la carta de terminación del contrato de trabajo, pues es allí, donde se deja constancia por parte del empleador de si este obedeció a una sanción disciplinaria, punto en el que en sentir de esta corporación erró la A quo, pues obvió por completo que previo al despido de la trabajadora se adelantó una investigación disciplinaria, conforme quedó evidenciado en los siguientes medios de convicción:

- Obra a folio 64 vto., comunicación de fecha 31 de julio de 2017 dirigida a la actora, en la que claramente se le informa que se le «*adelantará un PROCESO DISCIPLINARIO mediante el cual se le imputarán conductas posibles de sanción, así como las falas disciplinarias a que den lugar sobre los hechos que se atribuyen, y que se relacionan a continuación […] Explicar la razón por la cual se presentó a laborar el día 30 de julio de 2017 a las 6:00 después de haber ingerido licor, tal y como quedó establecido en la prueba de alcoholemia la cual evidenció un resultado de 0.883 mg/l, condición que pone en riesgo su integridad y la de sus compañeros teniendo en cuenta que usted labora en una máquina de producción. Circunstancia que indica la violación de sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias […]*». También se le informó que en la diligencia de descargo «*usted puede allegar las pruebas pertinentes y que considere necesarias para sustentar sus descargos o que tenga a su favor, sírvase presentarse en gestión humana el día 01 de agosto de 2017 a las 14:30… se puede presentar en compañía de 2 miembros de la organización sindical a la cual pertenece*». Dicha diligencia en efecto se llevó a cabo al día siguiente, es decir, el 01 de agosto de 2017, tal como da cuenta el folio 65 y vuelto, e incluso el 02 de agosto de 2017 se le citó nuevamente para aplicación de la diligencia, la cual ocurrió el 04 de agosto de 2017 (fl. 66 a 68).

Aunado a lo anterior, en el capítulo XIV del Reglamento Interno de Trabajo (fl. 115), denominado «*ESCALA DE FALTAS Y SANCIONES DISCIPLINARIAS*» y en el título de «*PROCEDIMIENTOS PARA COMPROBACIÓN DE FALTAS Y FORMAS DE APLICACIÓN DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIOS*» (fl. 116 vto.), si bien no se fijó el despido como una sanción disciplinaria, se indicó que para la imposición de estas, conforme al artículo 86, «*el empleador deberá oír al trabajador inculpado directamente y si éste es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la organización sindical a la que pertenezca. En todo caso se dejará constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa de imponer o no, la sanción definitiva (Artículo 115, C.S.T.)*» y

el artículo 88 prevé la forma en que se debe adelantar el mismo, consignado la comunicación de la apertura del proceso al trabajador, donde además se le cite a la diligencia de descargos relacionados con los hechos objeto de investigación, el lugar, fecha y hora de la diligencia.

Por lo expuesto, al desentrañar el alcance de dichas disposiciones, es claro que la empresa asimiló para despedir al demandante que conforme a las normas internas, el despido es una sanción disciplinaria pues no se trató de una mera reproducción del artículo 62 del CST sobre las justas causas legales para dar por terminado el contrato de trabajo, sino que, tal como se consignó en la carta de terminación del contrato se había incurrido en falta grave conforme al literal bb) del artículo 85 del Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa, a la que se le asignó como consecuencia la terminación del contrato de trabajo, de modo pues, que en este caso, surge como conclusión que, la empresa demandada asimiló el despido del demandante a una sanción, razón por la cual procedió al respectivo trámite consagrado en la normativa interna para aplicar sanciones.

Por lo anterior, considera la Sala de Decisión, que, en este caso, el despido si se trató de una sanción disciplinaria pues ese fue el trámite que se le impartió por el empleador desde el momento en que cita a descargos al trabajador y, por lo tanto, se le debía dar tal tratamiento con apego a los lineamientos jurisprudenciales y al procedimiento implementado en el respectivo reglamento interno de trabajo.

Del despido como sanción disciplinaria:

La Corte Constitucional, en una sentencia que vale la pena destacar ha hecho un estudio concienzudo, de qué se debe entender por falta grave, y cuál debe ser el escenario normativo, fáctico y de razonabilidad en que debe configurarse para que dé lugar al despido de un trabajo. Es así como en sentencia T-276-2014, ha hecho toda una reseña importante y valiosa de cómo deben abordar los Jueces Laborales y demás, el tema disciplinario para dar por terminada una relación laboral, abordando en primera instancia lo referente al principio de tipicidad. Este principio tiene su génesis, en el principio de legalidad y debido proceso, que debe gobernar las relaciones tanto públicas como privadas, y esto gana relevancia en el tema disciplinario laboral, en el entendido que todas las prohibiciones y sanciones que le puedan ser aplicables a un trabajador, deben estar clara y expresamente definidas, en un instrumento normativo, llámese Reglamento Interno de Trabajo, Código de Conducta, u otros, en el que además también deben aparecer diáfanos cuáles son los criterios que se van a implementar para adoptar una sanción y cuál es el procedimiento que se seguirá para su imposición; así pues, la tipicidad estriba en que las prohibiciones, faltas o infracciones, y así como las sanciones, deben estar

consagradas, «*de forma clara, expresa e inequívoca*»; de tal forma, que de ellas se pueda inferir de manera inequívoca los siguientes tópicos:

(i) El grado de culpabilidad del trabajador que cometió la falta o infracción.
(ii) La gravedad de la conducta; esto significa, que la falta debe estar calificada en un nivel de leve, grave o gravísima.
(iii) Y así atendiendo a la calificación de gravedad de la conducta, se le debe especificar la sanción que procede de manera proporcional, la cual puede ser «*mínima, media o máxima según la intensidad del comportamiento*».

Lo anterior confluye en que el trabajador, no pueda ser sancionado en virtud de estipulaciones internas de carácter ambiguo, general o abstracto, que impidan establecer con asertividad si el infractor actuó de manera incorrecta o no, y si fue incorrecto determinar si es grave o no, y así mismo, si la consecuencia a imponer es una amonestación, suspensión o incluso el despido, según que la falta este previamente tipificada como gravísima. Sólo de esta forma, se le puede preservar el derecho de seguridad al trabajador, quién con antelación puede conocer cuáles son las consecuencias de sus actos; y así mismo, se restringe el grado de arbitrariedad de la parte empleadora en la imposición de sanciones, que incluso puedan conducir a la más grave como el despido, y, por otro lado, se garantiza el derecho de igualdad del conglomerado subordinado sujeto a dichas disposiciones internas.

En materia disciplinaria es preponderante la amplitud de la descripción normativa de las faltas, y así mismo, quien deba adoptar la decisión o fallo tiene un margen amplio para adecuar la conducta del disciplinado a la falta; es así, como en el pronunciamiento que se trae en estudio, ha considerado que en asuntos disciplinarios se da cabida a **«Tipos Abiertos»,** y es así como precisamente se observa con frecuencia de los Reglamentos Internos de Trabajo, Códigos Disciplinarios o Códigos de Ética, que a propósito de no transcribir todas las obligaciones y prohibiciones de un trabajador, se consagra como falta disciplinaria de manera general, el incurrir en incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones, es decir, ***«se considera como falta la violación de los deberes especiales del trabajador»;*** por lo que de igual forma, considera la Corte Constitucional, que las faltas también pueden comprender «*conceptos jurídicos indeterminados»,* siempre y cuando, dicho concepto pueda ser concretado acudiendo al ordenamiento jurídico, esto es, la Constitución y la Ley o en el mismo Reglamento Interno de Trabajo, de lo contrario, si dicho concepto no puede ser razonablemente concretado, se incurre en violación al principio de legalidad, pues queda al arbitrio y discrecionalidad de quien deba juzgar la conducta la definición del comportamiento prohibido; es así, como a modo de ejemplo, la mencionada Colegiatura en el fallo que se analiza, señala como un concepto jurídico indeterminado que no se puede concretar en otras normas, las

expresiones «*acto inmoral*» o «*buenas costumbres*», pues si no se describen de manera clara y detallada qué actos se consideran inmorales o contrarios a las buenas costumbres, esto es, cuál es la conducta que queda prohibida, o queda desprovista de criterios objetivos a través de los cuales se pueda decir qué comportamientos encuadran en el concepto, se presta para la arbitrariedad de quién debe juzgar la conducta. Es así como en expresiones similares, a través de sentencias C-570 de 2004, C-431 de 2004, en las que declararon inexequibles expresiones del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares y Código de Ética Profesional de Ingeniería, que excedieron el grado de indeterminación razonable, con conductas tipificadas como por ejemplo «*ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres*».

Así pues, ha concluido la H. Corte Constitucional, en el sentido y con el alcance que comparte esta Sala de Decisión, que cuando en un Reglamento Interno de Trabajo, se consigna un concepto jurídico indeterminado, se deben sopesar los siguiente aspectos: (i) que objetivo persigue el reglamento; (ii) que impacto tiene la conducta para la empleadora, en relación con el ejercicio de sus funciones; (iii) y cuál es el contexto en el que se cometió.

Calificación de la falta y proporcionalidad de la Sanción.

Ha entendido de manera razonada la Corte Constitucional, que si bien es cierto, el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, guardan similitudes, también presentan distinciones importantes, por lo que concluye que la autoridad sancionadora, cualquiera que sea su naturaleza, necesariamente debe mirar los siguientes elementos, para resolver una controversia disciplinaria así: (i) Si el disciplinado actuó con dolo o con culpa; (ii) establecer si la falta es leve, grave o gravísima; (iii) si con su actuar tenía el propósito de incumplir sus obligaciones; (iv) si la gravedad de la conducta guarda proporcionalidad con la sanción a imponer, en este sentido, se concluye por la mencionada colegiatura que: «*la culpabilidad se constituye en un límite que impide que la gravedad de la sanción supere la del hecho cometido; siendo por tanto, función primordial de la culpabilidad limitar la culpa. «En esta medida, no es jurídicamente admisible imponer una sanción mayor a la que correspondería buscando un efecto ejemplificador»;* este razonamiento, busca que la sanción no sea la misma para quien comete una falta de manera imprudente, frente a quien actúa de manera dolosa y tiene la intención de infringir la norma que proscribe la conducta, es decir, que, sin abordar terrenos del derecho penal, aun así, debe determinarse el grado de culpabilidad del disciplinado.

En la órbita de la culpabilidad se debe analizar entonces si el actuar del disciplinado está precedida por el dolo, o si no fue su intención violar sus obligaciones, sino que actuó con culpa, pues sobre ello se edifica la proporcionalidad del castigo que se impondrá, y aunado

a ello, es propicio hacer miramientos, como se indicó anteriormente, sobre el impacto que tiene la conducta en la perturbación a la prestación del servicio o para la actividad que desarrolla la empleadora, los móviles de la conducta, y las circunstancias en que se suscitó, en este último punto, considera la Corte Constitucional de vital importancia que la sanción sea aplicada «*teniendo en cuenta el verdadero impacto de la conducta del trabajador sobre la actividad que desarrolla y el contexto y las circunstancias en las cuales se cometió la falta que se pretende sancionar»;* y así mismo, se reitera en que se sopese cual es el «objetivo ulterior» del Reglamento Interno de Trabajo, esto es, si con la conducta castigada es que se puede preservar el recto funcionamiento de la empresa empleadora.

Del caso en concreto:

Ha entendido de manera razonada la Corte Constitucional respecto del despido como sanción disciplinaria y la calificación de la falta imputada como presupuesto para que la decisión de finiquito laboral resulte proporcional a la gravedad que se le endilga[1], lo primero que ha de verificar el juez laboral, en este caso esta Sala de Decisión, es si el procedimiento disciplinario se ajustó a lo estatuido en el respectivo reglamento interno de trabajo, de cara a lo cual, se advierte que se debe constatar si el procedimiento se adecuó a lo establecido en los artículos 86 y 88 del RIT, ya mencionado, que resulta de vital importancia en la medida que regula el ejercicio del derecho de defensa y contradicción del trabajador disciplinado. Así pues, conforme a lo ya mencionado, el referido artículo dispone que la empresa debe citar al empleado y si este es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes del sindicato respectivo, aspecto que se encuentra superado, pues así se le hizo saber al actor con la comunicación del 31 de julio de 2017 (fl. 64 vto.), aunado a ello, se le informó concretamente cuales eran las conductas por las cuales se le citaba a rendir descargos, como bien se describió en precedencia.

De acuerdo a lo expuesto, se observa que el actuar de la demandada se ajustó al procedimiento establecido en el RIT, ahora, se duele la parte actora que no pudo defenderse en debida forma ni justificar su actuar sobre las causas que dieron origen a la terminación del contrato de trabajo, aspecto sobre el cual, como segunda premisa de análisis, considera esta Corporación que al demandante se le pusieron de presente las pruebas recaudadas en su contra, también se le explicó de manera específica, como ya se dijo, cuáles eran las conductas por las cuales se le investigaba, de modo pues, que dado el contexto probatorio aportado al plenario se evidencia inclusive que se le dio una ampliación de los descarga para que aportara las pruebas necesarias. Por manera que, en este caso concreto, el demandante sí tuvo la oportunidad de analizar las pruebas

[1] T-276/14 en entre otras.

recaudadas en su contra, pudo haber solicitado o aportado las que estimare convenientes para construir su defensa, tal como se le indicó en la comunicación de citación a descargos.

Lo anterior conlleva, a que haya mérito para que esta Sala entre a examinar la comprobación de los hechos achacados al actor por la empresa para despedirlo, esto es, determinar si revisten tal gravedad que la sanción, efectivamente, sea la de dar por terminado el contrato de trabajo.

Pues bien, al estar demostrado el hecho del despido por la parte actora, se debe establecer si la sociedad demandada dio por terminado el contrato de trabajo con o sin justa causa, para ello debemos remitirnos a la aludida carta de despido, la cual, en su contenido especificó que la terminación se daba por lo siguiente:

Dentro de las obligaciones a su cargo como OPERADO EXTRUSION II, se encuentra la de realizar personalmente y de la manera en que le fue estipulada la labor asignada, así como también observar los preceptos del reglamento, acatar y cumplir con las políticas, obligaciones y prohibiciones establecidas por la compañía, en el sentido de no presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, de narcóticos o de drogas enervantes; o en condiciones no propicias para realizar su labor en a las instalaciones de la compañía a desarrollar sus funciones. No obstante lo anterior, usted ha incumplido con sus obligaciones de forma grave e inaceptable de la manera como paso a explicar a continuación:

Luego de realizar las respectivas averiguaciones del caso y de escucharlo en diligencia de descargos, se pudo comprobar, que el día 30 de julio de 2017 usted en forma totalmente IRRESPONSABLE se presentó a trabajar bajo la influencia de bebidas alcohólicas, lo cual fue constatado mediante PRUEBA DE ALCOHOLIMETRÍA que le fue practicada, la cual arrojo un resultado POSITIVO que impedía que usted prestara el servicio cumpliendo con las políticas de seguridad establecidas por la compañía tanto para usted como para sus compañeros de trabajo.

Lo anterior, puso en grave riesgo su seguridad, la de sus compañeros y la de terceras personas, además su actuar afectó de manera grave sus labores como operador de extrusión II de la Compañía, por cuanto el día 30 de julio de 2017 no pudo operar la máquina de extrusión retrasando el programa de producción.

Con su injustificable conducta de haberse presentado a trabajar bajo los efectos del alcohol, usted violó la prohibición establecida en el Reglamento Interno de la compañía, el cual ha determinado lo siguiente:

Se prohíbe a los trabajadores:

"presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcótico o de drogas enervantes".

El hecho que usted se presente bajo la influencia de bebidas alcohólicas, pudo haber generado un grave accidente afectando su vida e incluso la de sus compañeros de trabajo si la empresa no tomas las medidas pertinentes.

Con su proceder demuestra la forma completamente irresponsable y de grave indisciplina con la que asume su cargo en la empresa, poniendo en riesgo, por desacato a sus obligaciones y falta de compromiso, incumpliendo desde todo punto de vista sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias.

Su actuación resulta inaceptable desde todo punto de vista, por cuanto usted teniendo claro las políticas, prohibiciones y obligaciones establecidas por la compañía, decide presentarse a laborar bajo efectos de alcohol.

De otro lado la compañía cuenta con que todos sus trabajadores desempeñan sus labores con un máximo de diligencia, para lo cual lo mínimo es que dentro de su jornada laboral estén en uso pleno de sus facultades, para que se pueda ejecutar sus labores con responsabilidad y profesionalismo lo cual no ocurrió en su caso.

Por constituir todo lo anterior un incumplimiento claro de sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias, no dejan alternativa distinta que dar por terminado el contrato de trabajo de la forma como se le está comunicando, en la medida en que las anteriores conductas se enmarcan dentro del Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 56,58, 60 y 62 e igualmente en lo relativo a las obligaciones y prohibiciones del trabajador según el Reglamento Interno de Trabajo, Código de honor, y demás normas concordantes.

Así pues, se concluye que la falta calificada como grave se circunscribió, en síntesis, al hecho de que el actor se presentó a trabajar bajo la influencia de bebidas alcohólicas el día 30 de julio de 2017, lo cual se catalogaba en el reglamento interno de trabajo como una justa causa para terminar el contrato. En ese sentido, se advierte que, en el evento de la violación de cualquier falta grave consagrada en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos de trabajo o en los reglamentos, no puede ni le es dable al juzgador apreciar la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos, calificados previamente como infracciones en tales convenios.

En esa medida, una vez pactada una determinada circunstancia como causa para terminar el contrato de trabajo solo se debe verificar el cumplimiento de esta, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral (Sentencias SL2457 de 27 de jun. 2018, que rememora las del 10 mar. 2003 Rad. 35105, SL670-2018 y CSJ SL 187-2018), por lo que se debe verificar en primer lugar si efectivamente entre las partes se pactó el hecho alegado como causa de terminación del contrato de trabajo.

En ese orden de ideas, debe señalarse que la cláusula séptima del contrato de trabajo prescribe que además de las causales de terminación descritas en la Ley, constituyen conductas que dan lugar a la terminación del contrato por justa causa, por considerarse como graves, entre otras, las descritas en el numeral 5) que dispone «*el hecho de que EL TRABAJADOR se presente al trabajo embriagado, bajo el Influjo de bebidas alcoh61icas, o Ingiera bebidas embriagantes o alucinógenos en el lugar de trabajo, aún por la primera vez*» (Fls. 62 a 63). A su vez, el Reglamento Interno de Trabajo el artículo 89, literal bb) en idénticos términos señala como falta grave tal hecho.

Aunado a lo anterior, se observa que al interior de la sociedad actora existe el programa de prevención en el consumo de drogas, alcohol y tabaco con fecha de elaboración marzo de 2016 por GERFOR y ARL SURA (fls. 77 a 93), en el cual se establece que la empresa «*empresa podrá realizar pruebas de alcohol y drogas directamente o a través de terceros, cuando existan razones para sospechar de abuso de alcohol y drogas […]. Presentarse a trabajar bajo el efecto del alcohol, drogas y/o sustancias alucinógenas y enervantes o que creen dependencia, está estrictamente prohibido*».

Así mismo, se destaca el procedimiento para la toma de muestras:

> *«Las pruebas de alcoholismo se realizarán a los trabajadores directos, temporales, contratistas y subcontratistas de la compañía de forma aleatoria, post accidenté, por sospecha y/o posterior a tratamientos de rehabilitación informados a la empresa. Dichas pruebas serán realizadas preferiblemente antes del inicio de cada turno laboral establecido por la compañía, antes de iniciar la jornada laboral, no obstante*

a juicio del responsable pueden ser efectuadas a cualquier hora del día y en cualquier lugar de las instalaciones de la empresa.

En el caso de fallas en la muestra, se deberá realizar nuevamente el procedimiento dando las instrucciones claras y precisas para la realización de la misma.

Por otra parte se llevará un registro de las pruebas de control practicadas, las cuales deben contener como datos mínimos, nombre del trabajador, edad, día de realización de la prueba, hora y antecedentes; estos resultados se enviaran mensualmente a la jefatura de SST para efectuar el procedimiento de mejoramiento continuo en cuanto a las actividades de prevención y promoción.
[…]
En cualquiera de las pruebas ya descritas el trabajador está obligado a realizarlas bajo la política ya existente y bajo soporte legal ya que nuestras operaciones son consideradas como DE ALTO 'RIESGO, siendo claro que el objetivo es proteger la salud y seguridad propia y de los demás trabajadores, cuando un trabajador se niega se considerara incumplimiento de, una orden directa y adicionalmente de una medida · de seguridad por lo cual se considerará una falta grave con terminación del contrato por justa causa, previo procedimiento disciplinario».

Adicionalmente, se indica en el mismo que «d*e acuerdo con lo establecido en las políticas de prevención y de uso de consumo de tabaco, alcohol y drogas en GERFOR esta terminalmente prohibido a los trabajadores, contratistas y visitantes la posición, uso, consumo y venta de alcohol, cigarrillos y drogas alucinógenas en cualquiera de sus instalaciones y se califica como falta grave llegar a sus puestos de trabajo bajo sus efectos; así mismo se tomará como positivo el reusarse a la aplicación de las pruebas».*

Dicha política, era conocida por el ex trabajador demandante, tal como lo aceptó en el interrogatorio de parte.

De lo expuesto, y a la luz de la doctrina probable establecida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es claro que la conducta relacionada con «*presentarse al trabajo en estado de embriaguez* o *presentarse al trabajo con síntomas de haber ingerido licor»* es una falta grave y amerita la terminación del contrato de trabajo conforme a lo establecido previamente, razón por la cual no es viable que esta Colegiatura pueda entrar a calificar tal conducta, debido a su incorporación tanto en el contrato de trabajo como en el reglamento interno de trabajo.

Ahora bien, una vez establecido que la conducta descrita taxativamente en el reglamento interno de trabajo es catalogada como una falta grave, se debe entrar a verificar si la misma fue cometida por el actor y si esta afecta de manera directa el desempeño laboral del trabajador en los términos de la sentencia C-636 de 2016; en esa senda, observa la Colegiatura al plenario se aportó copia del registro de resultados de muestras de alcohol en aliento (fl. 66 vto.), practicado al demandante, precisándose que la misma fue realizada por parte del líder de seguridad, Carlos Herrera, y suscrita además del demandante por

otras tres personas más, el supervisor encargado *«H Gómez»* y el brigadista Carlos Ernesto Forero Holguín F., la prueba arrojó como resultado 0.883 mg/l.

Aunado a lo anterior, observa esta Sala de Decisión que en el interrogatorio de parte efectuado al ex trabajador, donde por demás respondió con evasivas a los interrogantes efectuados, admitió tener conocimiento que el cargo de operario de una máquina *extrusora* puede generar accidentes si no está en pleno uso de sus facultades mentales, tales como *aplastamiento, cortadura, quemadura*. Sumado a ello, aceptó que le fue practicada la prueba de alcoholemia el 30 de julio de 2017, la cual autorizó y que la misma arrojó resultado positivo, así como que el día 30 de julio había estado en el cumpleaños de su esposa; aspecto este que es concordante con lo dicho en la diligencia de descargos, donde se respondió ante la pregunta de «*¿Por qué cuando le realizaron la prueba de alcoholemia informó que se había tomado 3 cervezas por el cumpleaños de su esposa y ahora dice que no consumió bebidas alcohólicos?»*, respondió que *«eso fue el día sábado»*, precisamente el día que le fue practicada la prueba.

Tales elementos de juicio permiten concluir que el señor RAFAEL GARCÍA ROBERTO incurrió en la falta grave consagrada en el reglamento interno de trabajo, y en el numeral 2 del artículo 62 del CST, esto es, «*presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo el influjo de estupefacientes, narcóticos, drogas, enervantes o sustancias sicotrópicas o permanecer en tales condiciones en las instalaciones o dependencias de la Empresa; consumir licor, estupefacientes, narcóticos, drogas enervantes o sustancias sicotrópicas en el trabajo; presentarse al trabajo con síntomas de haber ingerido licor, estupefacientes, narcóticos, drogas enervantes o sustancias sicotrópicas»*, la cual se constituye en violación de las prohibiciones a los trabajadores de la sociedad demandada y una justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo.

A pesar de lo anterior, si bien dentro del plenario quedó plenamente acreditado que la causal invocada por la parte accionada para dar por terminado el contrato de trabajo se encuentra establecida en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo y en el numeral 2 del artículo 60 del CST, así como la demostración de su ocurrencia por parte del ex trabajador, debe precisar esta Colegiatura que estas situaciones no son suficientes para configurar la prohibición allí contemplada, dado que a la luz de la sentencia C-636 de 2016 que declaró exequible el numeral 2 del artículo 60 ibidem, esta causal acaece cuando el consumo de alcohol, narcóticos o cualquier otra droga enervante afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador.

Al respecto, la Corporación observa que tal conducta, en efecto afecta de manera directa y peligrosa el desempeño laboral del trabajador demandado dado que así lo afirmó el demandante en su interrogatorio de parte, sumado a que así también se tenía establecido

en la mencionada política de drogas, alcohol y tabaco de la accionadas, esto es, como de alto riesgo, circunstancias que conllevan configurar la justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo.

Corolario de lo anterior, es claro que al interior de este juicio se demostró que la causal invocada para dar por terminado el contrato de trabajo se encuentra consagrada en el en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo y la política de alcohol, drogas y tabaco, así como en el numeral 2 del artículo 60 del CST, así como que el actor dio positivo en la prueba de alcoholemia al momento de presentarse a laborar, y que el consumo de alcohol afecta de manera directa el desempeño laboral del trabajador; sin que sean de recibos los planteamientos en torno a una posible vulneración al debido proceso en torno a que las personas que practicaron la prueba de alcoholemia no estaban capacitados para ello, dado que, en la mencionada política nada se indica al respecto, incluso, a folio 64 se aportó la autorización del caso en los siguientes términos:

AUTORIZACION PRUEBAS DE ALCOHOL Y DROGAS

Yo, **RAFAEL GARCIA ROBERTO**, autorizo a mi EMPLEADOR, para que en cualquier momento, mientras esté suscrito mi contrato de trabajo, me sean tomadas muestras biológicas en: aliento, orina, saliva y/o sangre y se sometan a los correspondientes análisis, con el objetivo de determinar o descartar en las mismas la presencia de drogas controladas, no recetadas o de sustancias alucinógenas, enervantes o que creen dependencia y/o niveles de alcohol en mi organismo que puedan alterar mis reflejos y comportamiento poniendo en riesgo mi integridad física o la de mis compañeros.

En el momento de la prueba notificaré al Médico de Salud Ocupacional todos los medicamentos, drogas o vitaminas que he tomado durante las ÚLTIMAS 4 SEMANAS, incluyendo medicamentos recetados y no recetados, remedios para el dolor de cabeza, tabletas contra la "gripa", píldoras para dieta, etc.

El área de Gestión Humana informará a mi superior inmediato acerca de los resultados de las pruebas.

SETIP S.A.
NIT. 860.531.205-1

EL EMPLEADO
RAFAEL GARCIA ROBERTO

REPRESENTATE DE LA COMPAÑIA

Así como tampoco resulta de recibo, que por el hecho que a otro compañero se le haya dado otra sanción por una conducta similar, como la suspensión del contrato, deba dársele el mismo tratamiento, máxime cuando corresponden a hechos ocurridos con posterioridad, en el año 2019, cuando el hoy accionante ya no laboraba en la empresa (fls.74 a 76).

Así las cosas, al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

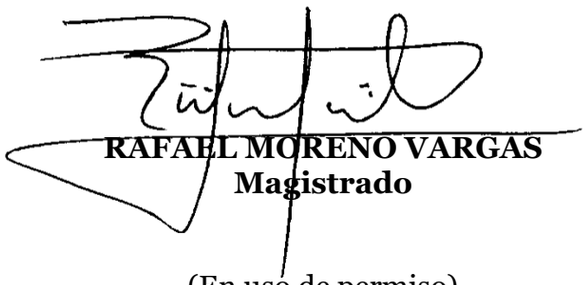
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por LIDA MARCELA MARTIN FALLA contra ESTEBAN Y AGUIRRE S.A.S. Rad. 110013105-010-2018-00327-02.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el día 23 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **LIDA MARCELA MARTIN FALLA** instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad **ESTEBAN Y AGUIRRE S.A.S.** con la finalidad de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 01 de junio de 2016 hasta el 15 de enero de 2017, el cual fue terminado sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar el valor de los aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, junto con los salarios y comisiones adeudados, las horas extras diurnas, las vacaciones, primas de servicios, cesantías e intereses a las cesantías. Igualmente, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, más la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y la indemnización contenida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Finalmente, se condene a la accionada a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 01 de junio de 2016

inició a laboral en la empresa ESTEBAN Y AGUIRRE S.A.S., bajo la modalidad de prestación de servicios, desempeñando el cargo de odontóloga general en la sede de Venecia. Explicó que en el contrato se pactó una remuneración del 25% de comisión por cada tratamiento efectuado pagadera el día 20 de cada mes, aunado a que hasta el día el 13 de agosto de 2016 cumplió un horario laboral de lunes a viernes de 8 am a 1 pm y el sábado de 8am a 5pm. Señaló que el 15 de agosto de 2016 suscribió contrato de prestación de servicios para desempeñar el cargo de Coordinadora Sanitas, con un salario de $1.500.000 más comisiones del 25% por tratamientos No. POS y un 3% de incentivos por ventas del POS al no POS, los cuales debían ser cancelados mes vencido el día 20 de cada mes, y cambiando el horario de trabajo. Indicó que su agenda mensual era planeada por su recepcionista o auxiliar y las actividades diarias debían ser informadas al gerente de la sede. Expresó que, en el mes de octubre 2016, los directivos de la clínica le exigieron realizar los aportes como independiente al sistema de seguridad social (salud, pensión y ARL). Aseguró que la accionada no le pagó parte del salario del mes de noviembre, así como lo correspondiente a diciembre de 2016 y del 01 al 15 de enero de 2017. Señaló que el 30 de diciembre de 2016, la accionada le entregó un oficio con asunto "*cancelación de contrato laboral por prestación de servicios*" a partir del 15 de enero de 2017. Finalmente, afirmó que, durante la vigencia del contrato de trabajo, la demandada no la afilió al sistema integral de seguridad social, ni le pagó las horas extras diurnas laboradas, ni la liquidación laboral, ni los salarios adeudados, las primas de servicios, las vacaciones, las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnización por terminación del contrato sin justa causa (Fls.30 a 38).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **ESTEBAN Y AGUIRRE S.A.S.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que entre el 01 de junio de 2016 y el 15 de enero de 2017 no existió una relación laboral con la demandante, razón por la que no procede condena en su contra por acreencias laborales. Explicó que, durante el período descrito, la actora prestó sus servicios profesionales en odontología a través de un vínculo civil que no da lugar a la existencia de subordinación, puesto que aquella contaba con plena autonomía para el desarrollo del objeto contratado. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la relación laboral deprecada en la demanda» y «buena fe» (Fls. 52 a 65).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 23 de junio de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término

indefinido desde el 01 de junio de 2015 hasta el 30 de diciembre de 2016, en consecuencia, condenó a la demandada al pago de los salarios de noviembre y diciembre de 2016, las cesantías, intereses a las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones, la indemnización moratoria y los aportes a seguridad social en pensiones. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, el trabajador debe acreditar la prestación personal del servicio para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST, por lo que le corresponde al empleador derruir tal presunción. Encontró que se acreditó la prestación personal del servicio por parte de la demandante, por lo que analizó el acervo probatorio allegado para desvirtuar la presunción legal, hallando que, documentos como la solicitud de apertura de nómina del 20 de junio de 2016, el contrato de prestación de servicios del 15 de agosto de 2016 donde se estableció un valor básico de $1.500.000 más comisiones, las cuentas de cobro y la carta de terminación del contrato, ratifican la prestación personal del servicio de la actora. Precisó que en la carta de terminación del contrato entregada a la demandante el día 30 de diciembre de 2016, se aceptó que se trataba de un contrato laboral, aunado a que, el paz y salvo dice que la demandante devolvió la dotación y las historias clínicas, hecho que ratifica la subordinación, misma que se no se desvirtúa por el pago de aportes a seguridad social. Explicó que en los contratos celebrados entre las partes se pactó que la demandante debía velar por el buen uso de los elementos entregados por el contratante y destinarlos a las labores que le fueron encomendadas, así como que aquella debía cumplir con los lineamientos de la empresa para la atención de los pacientes. Así mismo, valoró que los testigos fueron unísonos al indicar que la demandante tenía un horario laboral, en el que debía atender las citas que le agendara la demandada y si deseaba ausentarse debía pedir autorización de su jefe inmediata, la señora Alejandra Rodríguez. Manifestó que, pese a que la profesión de la demandante es liberal, ello no implica que no sea posible dar aplicación a la presunción del artículo 24 del CST. Respecto de los extremos temporales, señaló que todas las pruebas, incluida la declaración de la demandante, dan cuenta de que aquella prestó sus servicios para la accionada hasta el 30 de diciembre de 2016, día en el que recibió la carta de terminación del contrato con 15 días de anticipación a la terminación, por lo que encontró que la terminación del contrato se debió a la renuncia de la demandante y no a la terminación por parte de la accionada, concluyendo que no es procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa. De otro lado, encontró que no se acreditó el pago de los salarios a la demandante porque la accionada allegó las cuentas por pagar, pero no el soporte del pago, precisando que los valores de las transferencias bancarias aportadas al plenario no concuerdan con lo adeudado a la actora. Aclaró que no hay

lugar al pago de trabajo suplementario porque no se demostró con suficiencia tal trabajo. Argumentó que no se demostró que la accionada afiliara y cotizara los aportes en pensión a favor de la actora, por lo que consideró procedente el pago de aquellos. Condenó al pago de la indemnización moratoria, toda vez que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha considerado que no hay lugar a la buena fe de un empleador cuando ha ocultado una relación laboral, mediante un contrato de prestación de servicios.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la accionada, formuló recurso de apelación, arguyendo que se hizo una valoración indebida de la prueba, toda vez que no se tuvo en cuenta que la profesión de la demandante es de carácter liberal, es decir, que tiene por finalidad contratar la prestación personal del servicio de un profesional. No obstante, afirmó que no hay lugar a la existencia de subordinación, explicando que la solicitud de apertura de una cuenta de nómina, obedeció al afán de la empresa de que la demandante recibiera todos los beneficios de una cuenta de nómina, dado que los costos de aquellas son menores. Igualmente, señaló que la expresión de la carta de terminación de la relación, en la que se habla de un contrato laboral por prestación de servicios, ocurrió por un error del gerente comercial de Oro Salud, una entidad diferente a la sociedad demandada, siendo imposible perjudicar a aquella por las equivocaciones de un tercero. Manifestó que el pago de los aportes a seguridad social por parte de la demandante, dan cuenta de existió independencia la misma para realizar sus funciones, una característica propia de las profesiones liberales. Explicó que se debe tener en cuenta que la entrega de dotación se dio en medio de un contrato de prestación de servicios en el sector de la salud, el que exige el cumplimiento de unas obligaciones específicas vigiladas por la Superintendencia de Salud, aunado a que, en los contratos de prestación de servicios se pacta el suministro de los medios necesarios a cargo del contratante para el buen desarrollo de la obra, es decir, que se trata de una característica propia de los contratos civiles. Reiteró que el diligenciamiento de las historias clínicas no se explica por medio de una relación de subordinación, sino con el cumplimiento de una obligación de todos los trabajadores de la salud, para atender una posible responsabilidad médica. Aseguró que el derecho a la defensa de la accionada fue violado, toda vez que la A quo declaró precluida la oportunidad para recepcionar los testimonios de las señoras María Alejandra Rodríguez y Lindsay Pinta, precisando que los testimonios recaudados de la parte actora faltaron a la verdad. Explicó que la subordinación alegada de la demandante, respecto de la señora María Alejandra Rodríguez, tuvo lugar en el sentido de que dentro de una empresa se requiere un grado de control sobre el personal, incluyendo a los prestadores del servicio. Recalcó que la

demandante aceptó que conocía que el contrato era de prestación de servicios y, por ende, todas las condiciones de aquel, presentando las cuentas de cobro mes a mes. Manifestó que no hay lugar al pago de la sanción moratoria, dado que existió buena fe por parte de la demandada, por cuanto realizó un contrato de prestación con todas las condiciones legales y en un acto de agradecimiento, le asignó a la demandante el contrato con Sanitas para mejorar sus condiciones. Concluyó que no existió subordinación en la relación de la accionada con la demandante, sino que se trató de un contrato de prestación de servicios de profesionales.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando además que se practiquen los testimonios dejados de practicar en primer grado. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS y dando alcance a la materia objeto de reproche por la demandada, establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo de la demandante con la parte accionada, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, determinando específicamente si la accionada logró desvirtuar la presunción contenida en el artículo 24 del CST. De ser afirmativa la relación laboral, se determinará si hay lugar al pago de la sanción consagrada en el artículo 65 del CST.

CONSIDERACIONES

Definido como se encuentra, que el conflicto jurídico gravita, en primer lugar, en torno a la existencia o no de una relación de trabajo entre las partes, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos, normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

A su vez, el artículo 23 del C.S.T., para la existencia de un contrato de trabajo se requiere la presencia de sus tres elementos estructurales a saber: La prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del trabajador 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, durante todo el tiempo de celebración del contrato y un salario como retribución del servicio. Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual *«toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL10546-2014, SL10118-2015, SL3345-2021, entre muchas otras).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado y no es objeto de controversia que la demandante efectivamente prestó su servicios personales a favor de los demandados demandada como Odontóloga General, tal como se ratifica con las pruebas arrimadas a los autos, en especial el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la accionada, los testimonios rendidos, la certificación expedida a folio 95, así como de los contratos de prestación de servicios vistos a folios 3 a 5 y 68 a 73, por ello resulta evidente que la prestación personal del servicio se encuentra acreditada, razón por la cual, tal como se determinó en la decisión de primer grado, se activó la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de conformidad con el artículo 24 del C.S.T., por tal motivo, le correspondía a la parte demandada desvirtuarla, lo cual se pasará a estudiar a continuación.

En efecto, como ya se anunció, evidencia la Sala que se aportaron con las contestaciones de la demanda los contratos de prestación de servicios celebrados con la accionada ESTEBAN Y AGUIRRE SAS el 01 de junio de 2016 y el 15 de agosto de 2016. En el primero de los contratos suscritos, se pactaron como obligaciones de la demandante:

> *«**A**) Prestar por su cuenta y riesgo la totalidad de los servicios contratados, referentes al ejercicio de la Odontología General. **B**) Colocar a disposición del **CONTRATANTE**, todos sus conocimientos y aptitudes, ejerciendo la profesión de Odontóloga General con idoneidad y dentro de los parámetros, que establece la ética profesional. **C**) Responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por el contratante, para el ejercicio de las actividades convenidas y no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a*

*los contratados. **D**) La contratista responderá por las garantías, los daños y perjuicios que se puedan ocasionar a los pacientes y también por los daños y perjuicios que le genere al contratante con ocasión de la prestación del servicio contratado o por las actividades que adelante el personal a cargo del contratista o los pacientes a su cargo. **E**) La contratista Suministrará y facilitara la pieza de mano de alta y baja velocidad, contra Angulo que se requiere para el ejercicio de su profesión, en razón a ello es el contratista el que está obligado por su cuenta a realizar los mantenimientos correctivos de sus piezas de mano, micromotor y contra Angulo de acuerdo a como lo establecen las normas nacionales, del cual deberán entregar reporte a la sede donde laboran. **F**) La contratista deberá acatar todas las instrucciones, circulares y las normas establecidas por el contratante, relacionadas con el manual de procedimiento para el diligenciamiento de la Historias Clínicas, anexos, protocolos y atención de pacientes, el ingreso y salida de las instalaciones y las condiciones de uso de las mismas. **G**) cumplir a cabalidad todas las normas, disposiciones, reglamentos y demás artículos que estén consignados en el CODIGO DE ETICA DEL ODONTOLOGO expedido por el comité nacional de ética odontológica, de igual manera cumplir con los requisitos de habilitación para el ejercicio profesional según la normatividad vigente. **H**) El contratista no podrá sustituir o ceder el presente contrato sin la aprobación expresa del contratante. **I**) Promover y vender los servicios profesionales en el área de la salud, para lo cual fue contratado, actividades que realizará con plena autonomía e independencia. **J**) Afiliarse, cotizar y mantener durante toda la vigencia del contrato su afiliación al Sistema de Seguridad Social (salud, pensión y riesgos profesionales), como profesional independiente, **k**) Tomar y mantener vigente una póliza de seguros, en una compañía aseguradora legalmente establecida en Colombia, que ampare la responsabilidad civil contractual y extracontractual por el ejercicio profesional como Odontóloga General. L) **INDEMNIDAD**: El contratista mantendrá indemne al contratante […] **M**) Aceptar la supervisión permanente de los funcionarios designados por el **CONTRATANTE**, quienes elaborarán las recomendaciones que consideren convenientes. N) Las demás contempladas en la ley».*

Seguidamente en el segundo de los contratos se pactaron a cargo de la actora las siguientes obligaciones:

*«**A**) Prestar por su cuenta y riesgo la totalidad de los servicios contratados, referentes al ejercicio de la Rehabilitación Oral. **B**) Colocar a disposición del **CONTRATANTE**, todos sus conocimientos y aptitudes, ejerciendo la profesión de Especialista en Rehabilitación Oral y dentro de los parámetros que establece la ética profesional. **C**) Responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por el contratante, para el ejercicio de las actividades convenidas y no a utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratados. **D**) La contratista responderá por las garantías, los daños y perjuicios que se puedan ocasionar a los pacientes y también por los daños y perjuicios que le genere al contratante con ocasión de la prestación del servicio contratado o por las actividades que adelante el personal a cargo del contratista o los pacientes a su cargo. **E**) La contratista Suministrara y facilitara la pieza de mano de alta y baja velocidad, contra Angulo que se requiere para el ejercicio de su profesión, en razón a ello es el contratista el que está obligado por su cuenta a realizar los mantenimientos correctivos de sus piezas de mano, micromotor y contra Angulo de acuerdo a como lo establecen las normas nacionales, del cual deberán entregar reporte a la sede donde laboran. **F**) La contratista deberá acatar todas las instrucciones, circulares y las normas establecidas por el contratante, relacionadas con el manual de procedimiento para el diligenciamiento de la Historias Clínicas, anexos, protocolos y atención de pacientes, el ingreso y salida de las instalaciones y las condiciones de uso de las mismas. **G**) cumplir a cabalidad todas las normas, disposiciones, reglamentos y demás artículos que estén consignados en el CODIGO DE ETICA DEL ODONTOLOGO expedido por el comité nacional de ética odontológica, de igual manera cumplir con los requisitos de habilitación para el ejercicio profesional según la normatividad vigente. **H**) El contratista no podrá sustituir o ceder el presente contrato sin la aprobación expresa del contratante. **I**) Promover y vender los servicios profesionales en el área de la salud, para lo cual fue contratado, actividades que realizará con plena autonomía e independencia. **J**) Afiliarse, cotizar y mantener durante toda la vigencia del contrato su afiliación al Sistema de Seguridad Social (salud, pensión y riesgos profesionales), como profesional independiente. **K**) Tomar y mantener vigente una póliza de seguros, en una compañía aseguradora legalmente establecida en Colombia, que ampare la responsabilidad civil contractual y extracontractual por el ejercicio profesional. **L**) **INDEMNIDAD**: El contratista mantendrá indemne al contratante contra todo reclamo, demanda, acción legal, y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones a personas o bienes, ocasionados por él durante la ejecución del objeto y obligaciones del contrato […]. **M**) Aceptar la supervisión permanente de los funcionarios designados por el **CONTRATANTE**, quienes*

elaborarán las recomendaciones que consideren convenientes. ***N****) Las demás contempladas en la ley[..]».*

No obstante, como justamente lo que se predica es la declaración de un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, es necesario seguir auscultando el acervo probatorio, con la finalidad de determinar si a pesar de la suscripción del aludido texto contractual, en la realidad material de su ejecución se observaron los elementos configurativos de un contrato de trabajo.

Al efecto se tiene que, además de los referidos contratos, se aportó certificación de fecha 05 de julio de 2019, a folio 95, donde se indica que la demandante *«prestó sus servicios profesionales como Odontóloga General en la Compañía ESTEBAN Y AGUIRRE SAS […] durante el periodo comprendido de julio a diciembre de 2016»*. Aunado a ello el extremo accionado aportó cuentas de cobro por parte de la actora por concepto de prestación de servicios como odontología general (fls. 78 a 82), certificado de retención en la fuente ICA practicado a la actora en el año 2016 (fl. 99), libro auxiliar donde se observan pagos a la actora por concepto de honorarios (fls. 100 a 102), comprobantes de egreso por concepto de cuenta de cobro (fls. 105 a 107).

Ahora bien, como prueba testimonial, se llamó a testificar a las señoras DEISY CAROLINA RAMOS CONTRERAS y LEIDY VIVIANA MOLINA MORENO, la primera de ellas declaró que trabajó para la accionada de junio a diciembre de 2016, desempeñando el cargo de auxiliar de odontología y recepcionista; que la demandante trabajó en ese mismo periodo para la demandada; que la jefe inmediata de la demandante, era la señora Alejandra Rodríguez; que la demandante estaba desde las 8 am hasta las 8 pm de lunes a viernes y los sábados de 8 am a 5 pm, horario que le exigía la empresa porque era la única odontóloga en la sede de Venecia; que en el último periodo le quedaron debiendo a la demandante honorarios, lo que conoce porque en recepción también manejaban esos pagos y sabe que se hacían abonos; que la clínica era quien imponía los horarios; que no tiene conocimiento de si le entregaban dotación a la demandante o de si iniciaron algún proceso disciplinario en su contra; que la demandante debía pedir permiso para ausentarse; que la señora Alejandra Rodríguez supervisaba a la demandante, al verificar que llevara todas las planillas de Sanitas y que atendiera a los pacientes de Oro Salud; que la demandante trabajó hasta el 30 de diciembre de 2016 y no sabe si aquella regresó después porque ella también renunció ese mismo día; que la señora Alejandra llevaba una planilla para que anotara la hora de entrada y salida de la demandante; que nunca se le preguntaba a la demandante su disponibilidad de tiempo para atender los pacientes; que la indicación era que si entraba dinero en efectivo le podían hacer abonos a la demandante pero debían pedir permiso;

que la demandante presentaba cuentas de cobro mes a mes, pero no tiene conocimiento de si presentaba las planillas de seguridad social; que los especialistas iban dos veces a la semana a la sede pero la única odontóloga general en dicho lugar era la demandante; que la demandante llevaba una planilla de los pacientes que atendía.

LEIDY VIVIANA MOLINA MORENO declaró que laboró para la accionada desde septiembre de 2016 hasta febrero de 2017, desempeñando el cargo de recepcionista y auxiliar de odontología en la sede de Venecia; que la demandante tenía un horario de 8 am a 8 pm de lunes a viernes y los sábados de 8 am a 5 pm; que ese horario fue impuesto por la accionada, lo que le consta porque agendaba las citas en la agenda de la demandante sin consultarle a aquella, pues esos horarios eran dados por la empresa; que la jefe directa de la demandante era Alejandra Rodríguez, como gerente de la sede Venecia; que para hora de llegada y salida la demandante debía firmar una planilla de la señora Alejandra; que para ausentarse la actora debía pedir permiso a su jefe directa; que la empresa no pagaba todo el salario, sino que hacía abonos, entonces ella se los pagaba directamente a los doctores, incluida la demandante; que no recuerda que se le adeudaran pago de honorarios a la actora; que la actora presentaba cuentas de cobro y planillas de seguridad social; la demandante era la única odontóloga en la sede de Venecia; no consultaban los horarios con la demandante, sino que se validaba el tiempo conforme con el horario de sanitas y se agendaban las citas; que sólo una vez pidió permiso la demandante y le hicieron un descuento; que la señora María Alejandra era quien manejaba los horarios de la demandante y los procedimientos que realizaba en Oro Salud; la demandante regresó como dos días a la empresa para realizar el proceso de las historias clínicas y dejar todo al día.

Respecto a los interrogatorios de parte rendidos por los sujetos procesales, se tiene que el señor **GILBERTO HERNÁN ESTEBAN GALINDO**, representante legal de la empresa demandada, señaló que la demandante fue contratada como odontóloga general, aclarando que no tenía horario pero el tiempo de disponibilidad era de 8 am a 5 pm de lunes a viernes y hasta el mediodía los días sábados; que no había control del cumplimiento de algún horario laboral; que la jefe inmediata de la demandante era la señora Alejandra Rodríguez; la demandante pasaba una cuenta de cobro y se le pagaba en efectivo; no tenía que pedir permiso para faltar; prestó sus servicios entre el 30 de diciembre de 2016 y el 15 de enero de 2017; que en junio y julio la demandante sólo tuvo el pago de las comisiones del 25% sobre los procedimientos realizados pero a partir de agosto cuando pasó al contrato con Sanitas comenzaron a pagarle una asignación básica de $1.500.000; que las citas de Sanitas las agendaban de acuerdo a lo que la EPS requiera, y cuando eran pacientes particulares las agendaba la recepcionista de la demandada; que la demandante al ser una profesional en salud oral debía realizar un informe de la evolución de lo que le realizaba a cada paciente, porque eso es exigido por

la secretaria de salud, siendo la gerente de la clínica quien revisaba que se cumpliera con esa norma; que por control de calidad, la empresa adquiría los materiales y el instrumental para que la demandante prestaba la labor; que les dan a las profesionales unas blusas especiales para evitar contaminación, que esas tienen la marca de la empresa; que cuando terminó el vínculo le debían a la demandante unos horarios dado que, por estar vinculada mediante un contrato de prestación de servicios, por mandato legal la demandante debía presentar las planillas con el 40% de lo facturado, pero en ningún mes la demandante pasó la planilla cumpliendo ese requisito legal, de allí, que la auditora Lindsay Pinto le envió varias comunicaciones solicitando que corrigiera el error porque no coincidía el valor que correspondía con el que presentaba en la planilla, no obstante, la demandante dijo que estaba en una situación difícil entonces él autorizó pagar unos abonos mientras arreglaba el error de las cuentas de cobro; que hasta el momento no ha recibido las correcciones y por eso no han efectuado el pago; que ella era la encargada de pagar su seguridad social y por eso pasaba eso en su planilla; que la empresa pone un horario de funcionamiento de las clínicas y el profesional les indica qué tiempo u horario tienen disponible para ir a prestar el servicio; que pese a la remuneración básica pactada en agosto, la demandante tenía la posibilidad de seguir atendiendo a los pacientes particulares, es decir que podía ganarse lo de sus comisiones.

LIDA MARCELA MARTIN FALLA declaró que firmó un contrato de prestación de servicios, por lo que no se pactó el pago de prestaciones sociales; que cada mes debía presentar al contador y al auditor, las planillas de seguridad social y la cuenta de cobro, las cuales siempre presentó pero no recibía el pago completo de sus horarios sino sólo abonos; que los pagos eran mes vencido; que en junio de 2016 ingresó como odontóloga general de la IPS Oro Salud y en agosto de 2016 ingresó a Sanitas como coordinadora odontológica, cambiando su salario pues recibía un básico más las comisiones de Oro Salud; que salió de la empresa el 30 de diciembre de 2016; que dos semanas antes de finalizar cada mes presentaba todo para que le aprobaran el pago; que en enero de 2017 le dijeron que no le podían pagar porque no había pagado seguridad social, sin embargo, al presentar las planillas corrigieron el error, empero le dijeron que las historias clínicas estaban mal diligenciadas, por lo que volvió a hacer firmar dicho documento a los pacientes, sin embargo, nunca le pagaron; que prestó sus servicios hasta el 30 de diciembre de 2016, pero en enero tuvo que regresar a la empresa para verificar todo lo de las historias clínicas; que a enero de 2017 le debían aproximadamente $3.690.000; que la señora Alejandra Rodríguez era su jefe inmediata, quien revisaba sus horarios, sus pacientes, sus pagos; que como ella inició en la sede de Venecia la cual era nueva y no entraban muchos pacientes, le solicitó a la empresa un subsidio de transporte ($60.000) y se lo concedieron mientras conseguían pacientes; que cuando llegó a la sede, el señor Gilberto (el representante legal) le dijo que el horario de la sede era de 8

am a 8 pm y que debía estar allí en ese tiempo por si llegaban pacientes; que durante junio y julio su remuneración era del 20% sobre los procedimientos que realizara, más el auxilio de transporte; que las citas se las agendaba la recepcionista; que para ausentarse debía tener permiso de su jefe directa, la señora Rodríguez; que casi no podía pedir permiso y que sólo una vez que tuvo que asistir a un junta médica logró un permiso pero le descontaron aproximadamente $90.000.

De conformidad con lo anterior, del acervo probatorio auscultado y dando aplicación al principio de libre formación del convencimiento, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica probatoria (art. 61 CPTSS), según las cuales es dable la apreciación de los distintos medios probatorios en aras de fundamentar la decisión en aquellos elementos de prueba que le merecen mayor persuasión o credibilidad y que le permiten hallar la verdad real al juzgador, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, la Sala puede colegir, inicialmente que, antes que derruir la presunción del contrato laboral, las referidas pruebas la confirman, en tanto y en cuanto a la actora en vigencia de su vinculación jurídica le fue impuesto el cumplimiento de horarios, siéndole impuestas órdenes por parte de quien fungía jefe del establecimiento de comercio de la accionada, de igual manera los equipos y elementos de trabajo en general eran proporcionados por la empresa accionada, aspectos estos que para la Sala de Decisión demuestran la existencia de una verdadera relación laboral, pues si bien puede afirmarse que el cumplimiento de horario no demuestra directamente una relación laboral, lo cierto es que dicha conclusión no se puede sostener cuando se evidenciaron órdenes dirigidas a prestar los servicios para los cuales fue contratada, esto es, como odontóloga general, pues incluso desde la suscripción del contrato puede verse que la actora no tomaba decisiones a su libre albedrío en cuanto a las circunstancia de tiempo, modo y lugar en que debía prestar dichos servicio, situación que contraría la autonomía del contratista, lo que evidencia la existencia de la subordinación jurídica, elemento indicativo de la existencia del contrato de trabajo.

En ese orden, debe decirse igualmente que, por el hecho que la demandante en desarrollo del contrato no haya formulado inconformidad alguna o no haya presuntamente aceptado prestar el servicio mediante contrato de trabajo, deba tenerse como un hecho cierto e inamovible que la relación fue de carácter civil y/o comercial, pues la connotación de laboral se la da la forma en que se prestó el servicio, sin que los derechos que de allí surjan puedan catalogarse como renunciables. En tal medida, contrario lo que sostiene la pasiva, a la Sala no le queda duda que la prestación del servicio por parte de la demandante se dio en el marco de un contrato de trabajo, sin que haya resultado probado que el servicio se prestó sin subordinación alguna, la prueba testimonial valorada de forma integral, frente la cual debe decirse que no se observó

parcialidad alguna en favor de los intereses de la actora y fueron contestes y claras en manifestar porqué les constaba lo dicho, sin que haya motivos por los cuales deba descartárseles, máxime cuando fueron compañeras de trabajo y por ello les consta la forma en que se prestó el servicios; de igual modo ocurre con los interrogatorios surtidos, pues junto con las declaraciones y el rendido por la parte accionada en armonía con las obligaciones descritas en los contratos suscritos, se da cuenta que incluso la que fue su jefe inmediata, le impartía órdenes, no sólo frente al cumplimiento de horarios sino en la forma y cantidad en que debía desarrollar las labores, sin que pueda inferirse independencia o autonomía en el cumplimiento de su labor.

Frente al argumento de la accionada en lo atinente a que el contrato se desarrolló en forma independiente por ser la profesión de odontología de aquellas llamadas liberales, debe decirse, la Sala de Casación Laboral en su más reciente jurisprudencia ha señalado que *«en los casos dudosos o ambiguos en los que la subordinación no encaja en la forma en que tradicionalmente se ha entendido, es importante tener en cuenta la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, que compila un haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta. Precisamente en la citada decisión CSJ SL5042-2020 se indicó que un factor indicativo de la subordinación es que la persona preste un servicio fundamental dentro de la organización o estructura de la empresa»* (CSJ SL3345-2021, que reiteró las sentencias CSJ SL2885-2019, CSJ SL4479-2020, CSJ SL5042-2020 y CSJ SL1439-2021). En la citada decisión, se trajo a colación lo dicho en la sentencia CSJ SL1439-2021 respecto a varios indicios para identificar la subordinación en la relación contractual:

> *«(…) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019);* ***realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio*** *(CSJ SL4344-2020);* ***el suministro de herramientas y materiales*** *(CSJ SL981-2019);* ***el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios*** *(CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393);* ***la terminación libre del contrato*** *(CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)»* (negrillas ajenas al texto).

Conforme al anterior criterio, explicó el Alto Tribunal que resultaba relevante en aquellos casos en los cuales la subordinación no era una réplica *substancial y abstracta del modo tradicional* en que el empleado ofrece su trabajo directo, ello para significar

que el Juez Laboral no debe desconocer el cambio en las dinámicas de ejecución del trabajo en el último tiempo, de donde se derivan múltiples categorías de trabajo distintas a la forma en que fueron concebidas las reglas jurídicas y sustantivas del derecho laboral. Precisándose que *«tratándose de profesionales liberales, […] el solo hecho de que una persona ejerza una profesión cualificada -como en este caso la de médico-, no significa que se constituya una regla general en la que siempre se consideren independientes o autónomos. Téngase en cuenta que sobre ellos también aplica la referida presunción legal del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo (CSJ SL225-2020)*

Bajo esa perspectiva, debe tenerse claro que ***una situación es que por el ejercicio de su profesión estos profesionales tengan siempre una independencia técnica, y otra que la subordinación se advierta de forma distinta a la de otros trabajadores no cualificados****. Precisamente en dichos asuntos, una respuesta adecuada a un caso dudoso podría extraerse de un análisis realizado en el marco de su integración o incorporación en la estructura de la compañía, esto es y como ya se anticipó, cuando la relación contractual tuvo como causa la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo del profesional liberal según sus necesidades organizativas y este no gozaba de una libre disposición de su tiempo de trabajo. Al respecto, en la mencionada decisión CSJ SL1439-2021 asentó la Corporación:*

> *Los trabajadores cualificados, como los de las profesiones liberales,* ***gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo -para eso se les contrata****-. Respecto de ellos la subordinación no se expresa como frente a los obreros de las fábricas o los trabajadores no cualificados, pues poseen una relativa libertad de trabajo. La doctrina ha señalado que en estos casos «el poder de dirección no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan sólo [sic] en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de la prestación». Por consiguiente, la subordinación en las profesiones liberales recibe una respuesta adecuada a partir del criterio de la integración en un servicio organizado, que implica la dirección, no tanto del contenido de las prestaciones, sino de las* ***condiciones de su ejecución (intuitu personae, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministrados por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo****)»* (Negrillas ajenas al texto original).

En ese contexto, en el plenario debe estar plenamente acreditado que el contrato de prestación de servicios se caracterizó por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, a fin de desvirtuar la presunción legal que respalda la prueba de la prestación personal del servicio en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Se itera, que no se desconoce en modo alguno que en este tipo de contratación civil o independiente estén prohibidas la fijación de horarios, solicitar informes, establecer medidas de supervisión o vigilancia, y que incluso es válido impartir instrucciones o directrices en la ejecución del servicio, pues *«naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador»* (CSJ SL, 24 en. 2012, rad.

40121); actividad que se ha considerado como de *coordinación*, sin que se desborde su finalidad al punto de convertirla en *subordinación* propia del contrato laboral, lo cual ocurre cuando esas instrucciones, fijación de horarios y supervisión o control de la labor se imparten en el marco de la inserción o disponibilidad del trabajador en la organización de la empresa, a tal punto que limiten su autonomía y autodeterminación de su tiempo de trabajo debido a los controles y seguimientos del empleador.

Así las cosas, a juicio de esta Corporación la parte accionada no desvirtuó la presunción de subordinación pues conforme a las pruebas acotadas, dando alcance a lo descrito por el Alto Tribunal, lo que ocurrió en el presente caso, no fue otra cosa que la intención manifiesta de desvirtuar y disfrazar la contratación laboral por una de servicios independientes, pues las acciones de supervisión, vigilancia e imposición de horarios, se desbordaron al punto de desfigurarla, manteniéndola bajo la solapada modalidad comercial. Así pues, antes que revelar signos de autonomía e independencia, la prueba analizada en su conjunto y bajo el prisma de un sereno juicio crítico, muestra una conducta propia de un empleador que determina la jornada de trabajo y el salario de su trabajador, esto es, contiene en toda su dimensión la expresión de impartir órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, que se corresponden con la subordinación jurídica que distingue al contrato de trabajo.

Así las cosas, se concluye que la celebración formal de un contrato de prestación de servicios no resulta suficiente para probar que se prestaron sus servicios de manera autónoma e independiente, pues del análisis conjunto de la prueba y dando aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (Art. 53 CN), se descarta la autonomía e independencia que proclama la accionada, por el contrario, se evidenció subordinación jurídica de la parte actora respecto de la demandada en la ejecución de sus labores. De tal modo, la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo, sustentada en la demostración de la relación de trabajo personal, lo cual impone la confirmación de la decisión de primer grado.

Finalmente, se le recuerda a la parte recurrente respecto a la solicitud de la práctica de la prueba testimonial en esta instancia, que además de ser improcedente, justamente, mediante providencia del 30 de junio de 2020 esta Sala de Decisión revisó y resolvió sobre tal aspecto, lo cual impide realizar un nuevo pronunciamiento (fls. 125 a 133).

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

sobre los conceptos o montos que en contra de la demandada fueron fulminados, por lo que se confirmará en su integridad las señaladas en la sentencia de primer grado.

Indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST.
Finalmente, en lo que refiere a esta sanción, como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, la indemnización moratoria pedida tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

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

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

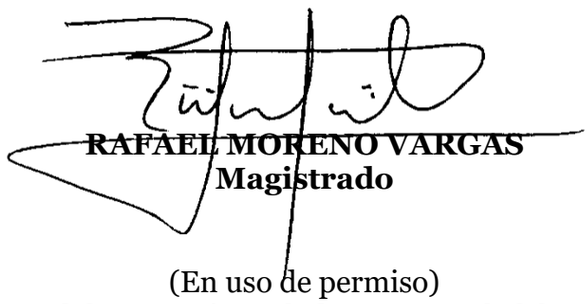
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

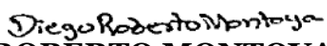
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ NANCY VALBUENA PEÑUELA contra COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-012-2019-00820-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta que por ministerio de la ley se surte a favor de Colpensiones, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **LUZ NANCY VALBUENA PEÑUELA** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del RPMPD al RAIS efectuado el 29 de diciembre de 1998 o el día que se acredito su afiliación por COLFONDOS por cuanto existió error de hecho que vicio su consentimiento; declare que para todos los efectos jurídicos permaneció en el RPMPD sin solución de continuidad en la afiliación. En consecuencia, se ordene a COLFONDOS la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en su poder. Se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación, a recibir los aportes y rendimientos devueltos por COLFONDOS y corregir la historia laboral. Finalmente, se condene a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 15 de mayo de 1962, se afilió al ISS tras iniciar su vida laboral con Filtros DIESEL LTDA el 14 de enero

de 1980. Explicó que a partir de la entrada en vigor de la ley 100 de 1993 los Fondos Privados de Pensiones y Cesantías empezaron a desplegar su estrategia de mercado enviando a sus asesoras comerciales a las oficinas de entidades públicas y privadas. Manifestó que trabajando para la empresa INTERFIL LTDA fue llamada junto con otros compañeros a que asistieran a una asesoría grupal por parte de un asesor de COLFONDOS S.A., donde este les dijo que el seguro social se iba a liquidar por malos manejos. El asesor comercial además les indicó que el dinero de la pensión corría peligro y que la mejor opción para seguir manejando la pensión era cambiarse del Seguro Social que era del Estado y que tenía muchos problemas; que COLFONDOS era una entidad privada con buen respaldo financiero y mejor rentabilidad, igualmente el asesor informó que se podía pensionar a los 46 años con el último sueldo que estaba devengando y no a los 56 (sic) años que manejaba el Seguro Social. Manifestó que dicha asesoría no duró más de 15 minutos por la premura del desarrollo de las actividades laborales y que ante las falsas expectativas generadas por la asesoría y el nulo conocimiento en temas pensionales, decidió suscribir formulario de afiliación ante COLFONDOS S.A. el 29 de diciembre de 1981 (sic). Explicó que en ningún momento se destinó un tiempo prudencial para que hiciera una exposición de forma individual y completa en la que se explicaran las ventajas y desventajas de los dos regímenes y de esta manera se presentaran las preguntas o interrogantes sobre la situación en particular y de cada uno de los trabajadores pues la única información que se dio frente al ISS era que iba a desaparecer y con ello los aportes de los que estaban afiliados; Que la asesora de COLFONDOS S.A., no informó al momento de la afiliación las implicaciones de trasladarse de régimen pensional. Expuso que, COLFONDOS conocía el promedio salarial sobre el cual cotizó previo a la suscripción del formulario de afiliación. Que durante la vinculación de la AFP nunca se brindó la asesoría de forma periódica ni se le indicaron los cambios en las perspectivas económicas para obtener el capital necesario para la pensión. Aunado a ello, a COLFONDOS S.A. le asistía la obligación al momento de asesorar por primera vez, de ilustrarlo frente a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía además dar a conocer la existencia del régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, situación que fue ausente. Explicó que COLFONDOS no capacitó de manera adecuada y con profesionalismo al asesor que adelantó la vinculación al RAIS y que nunca brindó una asesoría en la cual indicaría que podía trasladarse de régimen hasta que le faltaren 10 años para el cumplimiento del requisito de edad, ni tampoco realizó una proyección pensional mediante la cual se pusiera de presente la mesada pensional que le correspondía en cada uno de los regímenes pensionales. Con posterioridad a la afiliación al RAIS se evidenció que el ISS no se acabó y se creó COLPENSIONES y lo que si fue cierto es que la confianza y seguridad que se creó de mala fe por el asesor comercial la llevó a creer que su decisión fue la correcta. A parte de ello, COLFONDOS

realizó un pre-cálculo de la mesada pensional mediante la cual se indicó que la mesada pensional no fue superior a un SMLMV. Posteriormente, COLPENSIONES recibió una mesada pensional calculada sobre una tasa de reemplazo del 80% aplicada al IBL de los últimos 10 años de cotizaciones de aproximadamente $1.440.701 de conformidad con la ley 797 de 2003. Que mediante escrito que se emitió a COLPENSIONES solicitó se declarara la nulidad del traslado de régimen y que se ordenara el traslado de sus aportes del RAIS al ISS hoy Colpensiones. Además preciso, que a la presente fecha COLPENSIONES no ha dado respuesta al derecho de petición y finalmente el 22 de febrero de 2019 efectuó solicitud de declaratoria de nulidad y traslado de los aportes pensionales al RPMPD ante COLFONDOS así como que fueran enviadas copias de los documentos que dieron cuanta del debido asesoramiento al momento de la suscripción del formulario y que mediante escrito de respuesta, COLFONDOS negó la solicitud elevada aduciendo que existió voluntad de permanencia en el RAIS sin adjuntar documento alguno (fls 3 a 28).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas, argumentando que dentro del proceso obraron medios de prueba documentales suficientes los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS se llevó de manera libre y voluntaria, así como que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse al RPMPD administrado por el ISS con destino al RAIS. Por otra parte, explicó que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se debe presumir en todas las gestiones que estas adelanten, por lo que al alegar de la parte demandante que la sociedad administradora de pensiones y cesantías, a través de sus asesores comerciales, mediante obras engañosas, efectuaron el traslado del RPMPD con destino al RAIS, es a esta misma a quien le correspondió única y exclusivamente desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «inexistencia del derecho y de la obligación», «falta de causa para pedir», «buena fe» e «innominada o genérica» (fls. 85 a 95).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la información que se le suministró a la actora, se encontró acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que ejerció la Superintendencia de Financiera de Colombia –SFC-, por lo tanto, las reglas y

condiciones en que se realizó la vinculación no fue caprichosa sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regularon el RAIS y las instrucciones que al efecto impartió la SFC; fue claro que se tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello se suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso de su vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Señaló que sí se brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de las implicaciones de sus decisiones de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones en las que se asesoraron las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre RAIS y RPMPD, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que produjeron los aportes en dicho régimen. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «compensación y pago» (Exp. Digital: 1-COLFONDOS - CONTESTACIÓN BTA DTE LUZ NANCY VALBUENA PEÑUELA VS COLFONDOS BP Nulidad.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 15 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización celebrada con COLFONDOS S.A., el 29 de diciembre de 1999. Ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar el valor de saldos aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, de la cuenta de ahorro individual de la accionante con destino a Colpensiones. Ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular. Absolver a COLPENSIONES y COLFONDOS de las suplicas de la demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las AFP tienen el deber de brindar información clara, veraz y oportuna a los afiliados, por ser una circunstancia que puede afectar su estatus pensional, y con ello, el derecho fundamental a la seguridad social. Explicó que desde su creación las AFP tienen el deber de brindar información a los afiliados, lo cual implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de tal suerte que se proporcione una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que

se ha de compensar entre un afiliado lego y un experto. Precisó que si bien es cierto la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni de los beneficios contemplados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aquella debió recibir una información oportuna, veraz y comprensible al momento de su traslado., lo cual no se demostró en el proceso Finalizó argumentando que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto el contradictorio está relacionado con el derecho irrenunciable a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. La parte actora también presentó alegatos procurando se confirme la decisión. COLFONDOS guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por

consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

En el Exp digital, archivo *GEN-DDI-AF-2018_8417349-20180718111000*.pdf, obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, en el que se registra como fecha de nacimiento el 15 de mayo de 1962, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES el 09 de mayo de 2019 (fl. 54), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 725,86 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones (Exp. Digital: GRP-SCH-HL-66554443332211_1795-20200813061540), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según la comunicación emitida por COLFONDOS obrante de folios 28 y 29, acaeció el 29 de diciembre de 1998, sin que observe la Corporación la prueba del hecho o acto jurídico de afiliación primigenio que evidencie las situaciones y/o condiciones iniciales en las que supuestamente el aquí demandante manifestó su libre y espontánea voluntariedad de traslado.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de

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

De este modo, es claro que no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, en gracia de la discusión, si se hubiera aportado el acto de afiliación a COLFONDOS, a efecto de zanjar cualquier duda, éste no constituiría en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió no sólo aportar el documento contentivo del acto de afiliación sino que, tampoco demostró que al momento del traslado de régimen (17 de septiembre de 2001), hubiese cumplido con el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el

descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Desde luego que, tampoco es dable considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelto el grado jurisdiccional de la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ANTONIO GUSTAVO AREVALO MALDONADO contra CONEXOS LOGISTICA S.A.S., JEISY CATERINE MURCIA CAÑON Y ALMACENES ÉXITO S.A. Rad. 110013105-006-2016-00351-02.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante (art. 69 CPTSS) respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

A través de apoderado judicial el señor **ANTONIO GUSTAVO AREVALO MALDONADO,** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que la empresa CONEXOS LOGISTICA S.A.S., fue su verdadero empleador, así como que la señora JEISY CATERINE MURCIA CAÑON, como propietaria del establecimiento de comercio SUBPRODUCTOS CARNICOS GM, fue una simple intermediaria en la relación laboral existente con la sociedad Conexos Logística S.A.S, por lo que la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., fue beneficiaria de la labor que se dio en virtud de la relación laboral anteriormente referenciada. Solicitó, que por efecto de lo anterior se declare que entre la sociedad Conexos Logística S.A.S. y el actor existió un verdadero contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de noviembre de 2014 hasta el 11 de marzo de 2015, y así mismo, se declare la responsabilidad solidaria de ALMACECENES ÉXITO S.A. como beneficiario del servicio y de JEISY CATERINE MURCIA CAÑON, como simple intermediaria.

Igualmente que se condene al pago por los siguientes conceptos: las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dominicales dejados de pagar, por días festivos laborados dejados de pagar; la indemnización moratoria por no pago de las prestaciones sociales al momento de terminación del contrato de trabajo, en razón de $40.000 desde el 12 de marzo de 2015 y hasta los 24 meses siguientes; la sanción por no consignación de las cesantías por el período laborado en el año 2014 a partir del 15 de febrero de 2015 y hasta la fecha de terminación laboral; la sanción por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías, al pago de la afiliación al sistema de seguridad social en salud y pensión, indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que fue contratado por la señora Jeisy Caterine Murcia Cañón como propietaria del establecimiento SUBPRODUCTOS CARNICOS GM, para manejar el vehículo de placas SOF 451, y el día 18 de noviembre de 2014, esta última le manifestó que prestaría el servicio a la sociedad Conexos Logística S.A.S, en virtud del contrato en el cual la señora Jeisy Caterine Murcia Cañón le suministraría personal y vehículos a Conexos Logística para que esta en virtud del contrato de suministro con el Grupo ÉXITO transporte mercancías a su favor. Señaló, que laboró bajo la continua dependencia y subordinación de la sociedad Conexos Logística S.A.S, la cual le ordenaba transportar, cargar, descargar mercancías, alimentos refrigerados para el Grupo ÉXITO S.A., desde Carulla-Montevideo hasta los diferentes establecimientos comerciales, devengando un salario promedio de $1’200.000 mensuales, para lo cual cumplía un horario de lunes a domingo de 5:00 a.m. a 9:00 p.m., con un domingo de descanso cada mes. Aunado a lo anterior, ni la demandada Jeisy Caterine Murcia Cañón ni Conexos Logística S.A.S., lo afiliaron al sistema de Seguridad Social, al igual que ambos omitieron revisar las planillas de afiliación a la seguridad social. Por último, relató que debido a la excesiva carga laboral renunció voluntariamente el día 11 de marzo de 2015 y que a la fecha de terminación del contrato no le fue pagada la correspondiente liquidación (fls. 5 a 14).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada sociedad **CONEXOS LOGÍSTICA S.A.S**., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra bajo el entendido que entre esta y el demandante no existió ninguna relación laboral, debido a que contrató a la señora Deysi Catherine Murcia Cañón mediante contrato de prestación de servicios para realizar labores de transporte ante un tercero denominado Almacenes Éxito, por cuanto es la propietaria del vehículo de carga de

placas SOF-451 el día 18 de noviembre de 2014, por lo que no es cierto que exista un contrato para suministrar personal y vehículos por parte de la señora Deisy Caterine Murcia Cañón a Conexos Logística S.A.S., de modo que la subordinación dependía de la señora Jeisy Caterine Murcia Cañón con quien tenía el contrato. Señaló que en razón del contrato que se tenía con la señora Jeisy Murcia, se le entregaba al conductor del vehículo de su propiedad una mercancía a través de una planilla para que la entregara en los puntos en que fuese necesario, por lo que nunca canceló salario alguno, ni le concedió permiso alguno para no laborar y menos aún le impartía ordenes, simplemente planillaba el vehículo para que realizara las entregas, razón por la cual no tiene ninguna responsabilidad laboral alguna con el demandante y desconoce las condiciones en las cuales fue contratado el demandante. No propuso ningún medio exceptivo. (fls. 76 a 80)

A su turno, la demandada ALMACENES ÉXITO S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra bajo el entendido que niega el derecho, causa y razones invocadas por el demandante debido a que según los hechos de la demanda el actor supuestamente fue empleado de Caterine Murcia Cañón con quien Almacenes Éxito S.A. no tiene ninguna relación contractual y porque no se reúnen todos y cada uno de los requisitos y condiciones en el C.S.T. para que opere el fenómeno jurídico de la solidaridad. Formuló como excepciones de fondo las de «Prescripción», «Cobro de lo no debido», «Inexistencia del contrato de trabajo», «Inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada», «Pago» y «Inexistencia de la solidaridad establecida en el art. 34 del C.S.T.» (Fl. 141 a 150).

Mediante auto del 3 de mayo de 2017 obrante a folios 214 a 216, en razón de que la demandante Jeisy Caterine Murcia Cañón en condición de persona natural y propietaria del establecimiento de comercio SUBPRODUCTOS CARNICOS GM, no compareció al proceso se dispuso ordenar el emplazamiento y se designó Curador Ad-Litem. Como consecuencia de lo anterior la CURADORA AD-LITEM de JEISY CATERINE MURCIA CAÑON, contestó la demanda sin oponerse a la prosperidad de las pretensiones en cuanto se estará a lo legalmente probado en el proceso y al fallo proferido por el Despacho. Tampoco propuso medio exceptivo alguno (fls. 222 a 224).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 04 de junio de 2021, absolvió a las accionadas JEISY CATERINE MURCIA CAÑON,

CONEXOS LOGISTICA S.A.S. y ALEMACENES EXITO S.A, de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, expuso que en la demanda se afirmó el hecho de que el demandante se vinculó el día 18 de noviembre mediante de contrato de trabajo con Jeisy Caterine Murcia Cañón, como propietaria del establecimiento de comercio SUBPRODUCTOS CARNICOS GM y propietaria del vehículo SOF-451, el cual fue asignado al actor y que el vínculo jurídico terminó el 11 de marzo de 2015, al igual que se precisó que el demandante desarrolló las funciones de cargar y descargar mercancías y alimentos refrigerados para el Grupo ÉXITO S.A. Estimó que en concordancia con el interrogatorio de parte absuelto por el actor, este manifestó que se vinculó con la demandada Jeisy Caterine Murcia Cañón desde el 18 de noviembre de 2014 hasta el 11 de marzo de 2015, por lo que admitió que se vinculó mediante contrato de trabajo con esta y no con la sociedad Conexos Logística S.A.S., confesión a partir de la cual se podía inferir la inexistencia del vínculo jurídico con este último. Por otra parte, señaló que en el desarrollo del proceso no se desplegó actividad probatoria alguna tendiente a desvirtuar el vínculo jurídico de la pretendida calidad de intermediaria de Jeisy Caterine Murcia Cañón frente a Conexos Logística S.A., y de este último tampoco se allegó prueba alguna de que ostentara la calidad de verdadero empleador. Concluyó, que dado el carácter absolutorio del sentido del fallo en torno la existencia del contrato realidad, ello se hace extensivo en relación con la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A., en el entendido que, si no acreditó el contrato de trabajo alegado entre el demandante y la sociedad Conexos Logística S.A., por substracción de materia no procedió a realizar el análisis de la obligación solidaria frente a ÉXITO S.A., por no acreditarse vinculo jurídico dentro del proceso.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada ALMACENES EXITOS S.A. presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión absolutoria de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos

del artículo 66A del CPTSS y dando alcance a la alegación hecha por la demandada, establecer si hay lugar a la declaración de la relación laboral entre el demandante y la sociedad Conexos Logística S.A.S., en su calidad de verdadero empleador; de ser así, verificar si existe solidaridad por parte de ALMACENES ÉXITO S.A.

CONSIDERACIONES

Definido como se encuentra, que el conflicto jurídico gravita, en primer lugar, en torno a la existencia o no de una relación de trabajo entre las partes, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos, normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

A su vez, el artículo 23 del C.S.T., para la existencia de un contrato de trabajo se requiere la presencia de sus tres elementos estructurales a saber: La prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del trabajador 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, durante todo el tiempo de celebración del contrato y un salario como retribución del servicio. Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual *«toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que para resolver el problema jurídico planteado, importa precisar que en audiencia de que trata el art. 77 del CPL, llevada a cabo el 11 de mayo de 2018, ante la inasistencia del representante legal de CONEXOS LOGÍSTICA S.A.S., la a quo declaró la confesión ficta de los hechos narrados como

5, 6 y 16 de la demanda, los cuales corresponden a las siguientes premisas fácticas invocados por el promotor judicial, así:

> «5. *La sociedad CONEXOS LOGÌSTICA SAS tiene un contrato de suministro de transporte con la sociedad ALMANCENES ÉXITO S.A.*
>
> *6. El señor ANTONIO GUSTAVO AREVALO MALDONADO laboró bajo la continua dependencia y subordinación de la sociedad CONEXOS LOGÍSTICA SAS sociedad que le ordenaba transportar mercancía del grupo de ALMACENES ÉXITO S.A.*
>
> *16. La labor del señor ANTONIO GUSTAVO AREVALO MALDONADO era conducir el vehículo de placa SOF 451, por órdenes de CONEXOS LOGÍSTICA SAS*».

A voces de lo dispuesto por el art. 77 del CPL, la inasistencia de la parte demandada a la audiencia de conciliación, genera consecuencias procesales adversas a sus intereses tales como la presunción de certeza de los hechos de la demanda susceptibles de confesión, de igual forma el art. 205 del CGP, establece que la parte que no comparezca a la audiencia en la que deberá absolver el interrogatorio de parte, tratándose de la pasiva, hace que se presuman ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión. A su turno, el Alto Tribunal de esta especialidad, ha adoctrinado que para que opere la confesión presunta de que tratan los mencionados artículos, se deben reunir las condiciones mínimas para ello, esto es: (i) Se debe tratar de hechos susceptibles de confesión, y (ii) se debe dejar constancia de manera particularizada, de cada uno de los hechos que se presumirán como ciertos.

En esa medida, se observa que la declaración de la confesión ficta o presunción legal declarada en primera instancia, cumple con los requisitos antes enunciados, razón por la cual, debía tenerse por presunta la prestación personal del servicio y con ello activarse la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de conformidad con el artículo 24 del C.S.T., por tal motivo, le correspondía a la parte correspondía a la demandada CONEXOS LOGISTICA SAS, desvirtuar tales presunciones legales que operaban en su contra, es decir, demostrar que los servicios prestados por el señor ANTONIO GUSTVO AREVALO MALDANODO lo fueron de manera dependiente y subordinada respecto de la codemandada como simple intermediaria la señora JEISY MURCIA, por lo tanto, en este escenario procesal, dadas las consecuencias jurídicas declaradas ante la inasistencia del representante legal de la sociedad mencionada, se invertía la carga de la prueba sobre esta última, toda vez que si bien es cierto, cuando menos, corresponde al trabajar acreditar la prestación del servicio, tal circunstancia quedó cobijada por la presunción ficta.

En este contexto, se observa que la demandada CONEXOS LOGÍSTICA SAS, ningún esfuerzo probatorio desplegó en aras de aniquilar la desventaja probatoria que operaba en su contra, pues tan solo allegó al plenario la documental que reposa en los folios 86 a 99, consistente en formatos de comprobantes de pago a transportadores, que lejos de derruir la prestación del servicio por parte del demandante la corroboran habida cuenta que en la contestación de la demanda se acepta por CONEXOS LOGÍSTICA SAS, que el señor ANTONIO GUSTAVO AREVALO conducía el vehículo de placas SOF 450 de propiedad de JEISY CATERINE MURCIA, mismo que se enlista en las referidas planillas en las que se le asigna el número de viajes y las fechas en que los mismos se realizaron.

Ahora bien, lo que si no quedó acreditado con la confesión ficta realizada por la A quo, es lo concerniente a los extremos temporales de la relación laboral, pues si bien se tuvo como un hecho cierto que el demandante siempre actuó bajo la continuada subordinación y dependencia de CONEXOS LOGÍSTICA SAS, en dichos hechos no se mencionó la fecha de inicio y la fecha de terminación; no obstante, tal ausencia se suple con la misma documental que fuere aportada por aquella, toda vez que se observa que CONEXOS LOGÍSTICA SAS, asignó viajes al vehículo de placas SOF 450 de propiedad de JEISY CATERINE MURCIA, desde el 18 de noviembre de 2014 hasta el 11 de marzo de 2015, es decir, y teniendo en cuenta que uno delos hechos subsumidos en la confesión ficta es que «*labor del señor ANTONIO GUSTAVO AREVALO MALDONADO era conducir el vehículo de placa SOF 450, por órdenes de CONEXOS LOGÍSTICA SAS»* hay lugar a declarar la existencia del contrato de trabajo en este interregno tal y como se deprecó en la demanda.

Definido lo anterior, se procederá al estudio de las pretensiones consecuenciales de la existencia del contrato de trabajo, para lo cual, se debe tener en cuenta, que como quiera que dentro de la confesión ficta declarada en primera instancia no quedó comprendido el salario devengado por el actor se habrá de presumir el salario mínimo legal mensual vigente, lo que da lugar al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales y derechos laborales en las siguientes cuantías:

Cesantías e intereses a las cesantías:

Año	Periodo a liquidar	Tiempo laborado	Valor cesantías	Intereses a las cesantías
2014	18/11/2014 al 31/12/2014	54 días	$103.200	$12.384
2015	01/01/2015 a 11/03/2015	71 días	$141.674	$17.000
		Total	**$244.874**	**$29.384**

Prima de servicios

Año	Periodo a liquidar	Tiempo laborado	Valor cesantías
2014	18/11/2014 al 31/12/2014	54 días	$103.200
2015	01/01/2015 a 11/03/2015	71 días	$141.674
		Total	$244.874

Vacaciones:

De conformidad con el art. 186 del CST, este derecho corresponde a 15 días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas, de modo que, en proporcionalidad al tiempo laborado por el actor, esto es, 125 días, este concepto corresponde a la suma de $141.697.En cuanto al tiempo laborado en trabajo en **días dominicales y festivos**, tal situación tampoco se estableció dentro de la confesión ficta, al respecto se debe recordar que la C.S. de J. Sala de Casación Laboral, en sentencia SL15014 de 2017 ha reiterado lo expuesto en la Sentencia Rad. 31637 de 2008, en el entendido que, tratándose de pago por trabajo suplementario, corresponde a la parte demandante probar dicha situación, acción que no ocurrió dentro del presente asunto no siendo posible al Juez fulminar condenas sobre elucubraciones o datos inexactos.

Aportes a salud y pensión:

Como lo ha referido el tribunal del cierre de esta especialidad, no procederá el pago retroactivo de aportes a salud salvo que se demuestre por el trabajador los gastos en que haya incurrido al no contar con la cobertura de este servicio, lo que en este asunto brilla por su ausencia.

En cuanto a los aportes a pensión, como quiera que no hubo afiliación por parte del empleador, se ordenará a CONEXOS LOGÍSTICA SAS, a pagar el respectivo título pensional a la entidad administradora de pensional a la cual se encuentre afiliado el demandante o aquel que escoja si no se encontrare afiliado, por el tiempo comprendido entre el 18 de noviembre de 2014 al 11 de marzo de 2015, teniendo en cuenta para ello, el salario mínimo legal vigente.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías:

Tanto la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y la sanción por no consignación de cesantías establecida en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, tiene una naturaleza eminentemente sancionatoria, pues se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible al pago de los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del contrato de trabajo. Para su procedencia se ha definido de manera pacífica en la jurisprudencia proferida por la

H. Sala Laboral de la CSJ, citando a modo de ejemplo la sentencia radicada al No. 45175 del 24 de agosto de 2016 (SL12854-2016), que su imposición no es automática ni inexorable, puesto que debe estudiarse en cada asunto en particular la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias, que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba; o que por el contrario, su proceder se encuentra revestido de la mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra.

Para el efecto, debe precisarse que la doctrina probable del Tribunal del Cierre, que, dado el carácter sancionatorio de este concepto, la mala fe no se presume y por lo tanto, debe aparecer dentro del elenco probatorio de manera diáfana e indiscutible la mala fe, esto es, la intención del empleador de sustraer de su marco obligacional a sabiendas de tener claridad y convicción de su deber. Al respecto, en sentencia CSJ SL, 21 sep. 2010, rad. 32416, puntualizó:

> *«Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política».*

Surge lo anterior, que la sola constatación del impago de salarios y prestaciones sociales al finiquito de la relación laboral no conlleva a tener por acreditada la mala fe, pues si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no satisfacerlos oportunamente, es procedente su exoneración como en efecto acaeció en el presente asunto, en primer lugar, porque la declaratoria del contrato de trabajo se derivó de una presunción ficta, y en segundo lugar, porque efectivamente aparece acreditado dentro del plenario que la sociedad CONEXOS LOGISTICA SAS, tenía la real y seria convicción de no tener una relación jurídica directa con el demandante en la medida que realizaba pagos por concepto de transporte a la propietaria del vehículo la señora JEISY MURCIA, tal y como se vislumbra de la documental de folios 86 a 99.

En cuanto a la responsabilidad solidaria que se alega respecto de ALMACENES ÉXITO SA, hay que decir que para resolver el problema jurídico planteado, es menester acudir al artículo 34 del CST, en el cual se regula la figura del contratista independiente en el contrato de trabajo; de esta forma, con arreglo a lo previsto en la citada disposición se regulan tres supuestos normativos diferentes de cara a una posible relación triangular, la del contratista independiente quien se reputa como autentico empleador, la del beneficiario de la obra quien tiene una relación directa con el contratista independiente; y eventualmente, la del subcontratista quien también se considera empleador frente a sus trabajadores.

Como se advierte, esta norma prevé en principio una relación triangular, en el entendido que en ella participan tres partes a saber: (i) en primer lugar el contratante inicial de la obra; (ii) por otro lado, el contratista independiente que celebra un contrato con el beneficiario, para la realización de un obra o la prestación de un servicio; (iii) y finalmente se encuentra el trabajador, quien es vinculado por el contratista independiente; ahora bien, no obstante existir tres partes intervinientes, en realidad sólo se configuran dos relaciones jurídicas; la que se suscita entre el beneficiario o contratante inicial quien encarga la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, y la persona que lleva a cabo dicho encargo o contratista; y por otro lado, la relación laboral que se forja entre el ejecutor de la obra (contratista independiente) y quien brinda su mano de obra, esto es, el trabajador. De esta forma, por regla general, la primera relación jurídica se pacta a través de un contrato de obra, en virtud de la cual, el contratista con total libertad y autonomía en la dirección y ejecución de la obra asume todos los riesgos que de ella se deriven, y en contraprestación, recibe un pago previamente pactado.

Ahora bien, debe destacar esta Sala de Decisión, cuáles son las cargas probatorias que están a cargo del trabajador que pretenda respecto del beneficiario, el pago de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, pues en juicio, deberá quedar acreditado lo siguiente:

(i) El contrato de obra celebrado entre el contratista independiente y el dueño de la obra.

(ii) El contrato de trabajo celebrado con el contratista independiente,

(iii) La relación de causalidad entre el contrato de obra y el contrato de trabajo, esto es, que las labores que le hayan sido encomendadas al trabajador, tengan que ver con dicha obra, y, además, dicha obra tenga conexidad con las actividades ordinarias de su beneficiario.

En el presente asunto no quedó acreditado el contrato celebrado entre CONEXOS LOGISTICA SAS y ALMACENES EXITOS, como quiera que el que aparece visible en los folios 151 a 190, se celebró en un interregno diferente al contrato de trabajo aquí declarado, pues el contrato de prestación de servicios de transporte, suscrito entre aquellos, data del año 2016, cuando ya había finalizado el vínculo laboral declarado.

De otro lado, en lo que atañe a la responsabilidad solidaria de la codemandada JEISY MURCIA, como propietaria del vehículo que conducía el actor, se debe anotar que respecto de aquella ninguno de los hechos presumidos como ciertos hizo referencia alguna sobre el particular, como tampoco se acreditó por el actor las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que posiblemente la citada lo enganchó ocultando su calidad de simple intermediaria. Razón por la cual, sobre este punto se negarán las pretensiones de la demanda.

En se orden, se revocará la sentencia de primer grado. Así se decidirá. Costas de primera instancia a cargo de la demandada CONEXOS LOGÍSTICA SAS, sin costas en esta instancia ante su no causación.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar se dispone:

SEGUNDO: DECLARAR que entre ANTONIO GUSTAVO AREVALO MALDONADO y CONEXOS LOGÍSTICA SAS, existió un contrato de trabajo entre el 18 de noviembre de 2014 al 11 de marzo de 2015.

TERCERO: CONDENAR a CONEXOS LOGÍSTICA SAS, a pagar al demandante los siguientes conceptos:

- Cesantías: $244.874
- Prima de servicios: $141.674
- Vacaciones: $141.697

Las anteriores sumas deberán indexarse a la fecha de su pago.

CUARTO: CONDENAR a CONEXOS LOGÍSTICA SAS a pagar el respectivo título pensional a la entidad administradora de pensional a la cual se encuentre afiliado el demandante o aquel que escoja si no se encontrare afiliado, por el tiempo comprendido entre el 18 de noviembre de 2014 al 11 de marzo de 2015, teniendo en cuenta para ello, el salario mínimo legal vigente.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Costas de primera instancia a cargo de la demandada **CONEXOS LOGÍSTICA SAS.** Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ STELLA DE LA CONCEPCION CONDE ROMERO contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP- Rad. 110013105-027-2019-00053-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de julio de 2021, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las accionadas PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de junio de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **LUZ STELLA DE LA CONCEPCION CONDE ROMERO**, pretende se declare ineficaz su traslado al Régimen de Prima media con Prestación definida –RPMPD- administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- firmado el día 07 de Junio del 1996 ante AFP PORVENIR S.A., se declare que al momento del traslado del RPMPD al RAIS, los agentes o promotores de PORVENIR S.A., no le proporcionaron una información completa y comprensible sobre una elección informal a fin de ilustrarla en las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes en los dos regímenes que existen en el país. Se declare que la declaración de nulidad de la vinculación y traslado al RAIS, trae como consecuencia de su regreso al RPMPD, administrado por COLPENSIONES y que la única afiliación valida al régimen de pensiones se tuvo

efectuada al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES. Asimismo, se condene al pago de lo ultra y extra petita, junto con las costas procesales.

Como fundamentó de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber nacido el día 24 de diciembre de 1960. Empezó a cotizar al RPMPD desde el mes de febrero del año 1983. Seguidamente viene laborando como trabajadora dependiente al servicio del Ministerio de Transporte hasta la fecha; explicó que el día 07 de junio de 1996 fue trasladada al fondo de pensiones PORVENIR S.A. Indico que la señora Martha Castaño asesora de PORVENIR, al realizar el traslado nunca revisó los derechos adquiridos con los que contaba sobre el régimen de transición. Posteriormente la asesora ejecutiva de ventas de PORVENIR le propuso que se trasladara a ese fondo ofreciendo pensiones con beneficios que jamás iban a ser cumplidos. Manifestó que el mes de junio de 1996 la ejecutiva de ventas de PORVENIR le indicó que si se pasaba o se trasladaba a este fondo de pensiones tendría mejores garantías ya que ellos la pensionarían con mejor rentabilidad y que tendría liquidación de pensión por anticipado a los 55 años, teniendo en cuenta el I.B.C. y con una pensión mínima de $6.500.000 no importando la edad. Además de ello nunca le proporcionó una información completa y comprensible, a fin de ilustrarla en las diferentes alternativas que pudo tener, ya hubiese sido con sus beneficios e inconvenientes, respecto a los dos regímenes pensionales que existían en nuestro país. Informó que el día 12 de diciembre de 2018 ante Porvenir radico solicitud de declaratoria de nulidad de la afiliación, toda vez que se observó los dos cálculos pensionales que ofreció Porvenir, fue claro que la información brindada por este fondo privado se basó en información errónea, mala fe, abuso del poder dominante, toda vez que se desconocieron todos los beneficios y prerrogativas que beneficiaran del régimen anterior. Toda vez que no existió una sola justificación legal que permitiera, determinara o beneficiara en algún aspecto pensional para seguir en dicho fondo privado; lo anterior fue contestado de forma negativa, por ser improcedente, teniendo en cuenta que tal facultad se encontraba única y exclusivamente por los jueces en orden judicial. Asimismo, solicitó declaración de la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y ante la UGPP por considerar que se vulneraron todos los derechos adquiridos bajo del régimen de transición. No obstante, fueron negadas (fls 3 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, teniendo en cuenta que se cuestionó la falta de información por parte de la AFP PORVENIR al momento de

realizar el traslado entre regímenes, acotando que la Ley 1748 de 2014 donde se reguló la obligación de brindar información transparente a sus consumidores de los servicios financieros, mencionó en el artículo 9 de la ley 1328 de 2009 que el contenido mínimo de la información al consumidor financiero y por tan solo hasta el año 2014 se fijó como condición previa para que procediera el traslado entre regímenes brindar asesoría para los afiliados. De acuerdo a esto el traslado se realizó en el año 1996 época en la cual la condición previa de brindar una asesoría no se estableció dentro del ordenamiento jurídico vigente y por lo tanto únicamente procedía para aquellos traslados entre regímenes que se efectuaron a partir del 2014. Además de ello, argumentó que no se pudo tener como cierto la falta de información en la que la AFP demandada no realizó una proyección pensional a la accionada al momento de su traslado por lo que no podían tenerse en cuenta las proyecciones pensionales, pues esas no eran pruebas útiles para demostrar una eventual información distorsionada o incompleta al momento en que se decidió su traslado dentro de las opciones que la ley le dio. Sumado a ello, dicha obligación de emitir por parte de las AFP herramientas financieras o proyecciones pensionales a los potenciales afiliados nació con el decreto 2071 de 2015, es decir, posterior al traslado del demandante. Propuso como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación», «imposibilidad del traslado», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional», «error de hecho no vicia el consentimiento», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «buena fe de Colpensiones», «prescripción», «prescripción de la acción», «enriquecimiento sin justa causa» e «innominada o genérica» (Fls. 79 a 88).

La **UGPP** contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, solicitando que en la sentencia de fondo se exonere de toda responsabilidad a la entidad y pidió que se declararan probadas todas las excepciones, se opuso teniendo en cuenta que no tuvo competencia para declarar dichas situaciones jurídicas, razón por lo que la entidad no debió responder ante dicho traslado; se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la actora, toda vez que la UGPP carece de competencia para atender la solicitud y reconocimiento impetrado y que fue la justicia ordinaria la encargada de dirimir el conflicto. Manifestó que el juez de conocimiento debió fallar conforme a lo que se probó en el proceso. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación demandada y no lo debido», «prescripción», «sobre la indexación», «imposibilidad de condena en costas», «no pago de los intereses moratorios» y «genérica» (Fls 97 a 106).

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones solicitando absolver de todas y cada una de ellas, manifestando que el traslado del régimen pensional efectuado fue completamente válido por cuanto se brindó una información pertinente y necesaria, razón por la cual es improcedente negar dicha afiliación y se declare la nulidad del traslado; explicó que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias de este traslado nació solo a partir del inciso 4 del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, lo cual resulta importante en la medida que la demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de la AFP. Sin perjuicio de lo anterior, aclaró que la accionante suscribió de manera libre, espontanea e informada el traslado horizontal y que la asesoría que recibió fue amplia, verbal y suficiente. Señaló además que no se allegaron pruebas las razones de hecho que sustentaron la ineficacia de la afiliación, razón por la que se encuentra válidamente afiliada al RAIS en la AFP PORVENIR y no existen razones para ordenar gestiones administrativas para anular dicho traslado. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe». (Exp digital: 04 Contestación Porvenir).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de junio de 2021, declaró que la ineficacia del traslado de la señora LUZ STELLA DE LA CONCEPCIÓN CONDE ROMERO del RPMPD administrado por COLPENSIONES al del RAIS administrado por PORVENIR. Condenó a la AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Condenó a COLPENSIONES a tener válidamente afiliada a la accionante al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por PORVENIR. Finalmente condenó en costas a la AFP PORVENIR y absolvió a la UGPP.

Para arribar a tal conclusión, señaló que con base a la actual jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral (SL 1688 del 2019, SL 1361 del 2019, SL 3464 del 2019 y SL 4360 del 2019), en las que definió que la sanción impuesta por el ordenamiento a la afiliación desinformada era ineficaz por lo que no era necesario probar la existencia de un vicio del consentimiento. Con relación a la carga de la prueba, recordó que en la sentencia SL 1688 del 2019 reiterada la SL 587 del 2021, se indicó

que si el usuario alega que no recibió la información debida cuando se trasladó al RAIS generó un presupuesto negativo que no se puede acreditar por lo que se invierte la carga probatoria y acreditar que se suministró la asesoría de forma correcta. Que son las AFP quienes deben suministrar una información clara cierta y oportuna no siendo suficiente la suscripción del formulario de afiliación, sino brindar la información suficiente evaluando la información efectiva en el momento en que se dio el traslado. Señalo que antes del 2009 las AFP privadas tenían la obligación de hacer una ilustración de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, dando a conocer un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. En ese sentido, explicó que al estar probado que la afiliación inicial de la actora fue con el RPMPD, habiéndose trasladado al RAIS en la AFP PORVENIR, sin embargo, de la revisión de las pruebas la actora no había confesado haber recibido la información necesaria al momento del traslado y que la AFP PORVENIR no demostró haber brindado la información necesaria al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada. Por tanto, halló viable declarar la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, las cosas debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, como su nunca hubiera ocurrida, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos, comisiones y gastos de administración, lo cual no afectaba la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Frente a la excepción de prescripción, no prosperaba por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, señalando que no se tomaron en cuenta algunas relaciones contractuales que se adquirieron por parte de la demandante, pues no existió una adecuada atención y revisión de su parte frente al traslado realizado por el fondo privado; que la responsabilidad objetiva endilgada a esta entidad no tiene que ver en el recibir en el RPMPD, no exonera en ningún momento que la generadora del daño provocado por la falta de diligencia e información sea excluida dentro del proceso, más allá de la devolución de los demás aportes y emolumentos dentro de la cuenta de ahorro individual; que para el momento del traslado no fueron exigibles los fondos privados realizarle el nivel de la asesoría de la sentencia de la Corte Suprema, la exposición de algún documento adicional cuando se pudo tener como exigible dentro del proceso. Manifestó que entre la relación legal del demandante y el fondo privado Colpensiones fue externa entonces debió tenerse en cuenta que no se pudo ver afectada al recibir la carga prestacional de la demandante toda vez que generó

un desbalance financiero del mismo. Explico que Colpensiones es la única demandada y no tuvo forma de defenderse y quedó adaptada a las intervenciones de la demandante.

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.,** interpuso recurso de apelación, argumentan para tal efecto, que sobre la validez de traslado de régimen de la accionante, que esta se trasladó de régimen para el 1996 con PORVENIR firmando el formulario de vinculación el cual fue el único documento que se requería en esa fecha y que para ser válido al sistema de pensiones o el cambio de régimen pensional; el deber de información si bien como lo manifestaron ha existido desde el comienzo de las AFP tuvo un cambio o un desarrollo legal y jurisprudencial de manera progresiva incrementando a lo largo de los años las exigencias que se pusieron a las administradoras. Sin embargo, consideró que no se realizó la debida interpretación de la norma que se aplicó, pues respecto al momento en el que se ejerció el derecho de libre elección, conforme a la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 en el artículo 97 numeral 1, determinó que se debían señalarse características del régimen pero enfocado en pedir libre escogencia del régimen pensional, por lo que al realizar la comparación entre regímenes o proyecciones pensionales, dobles asesorías nacieron con posterioridad, por lo que en aras del principio de irretroactividad de la norma no puede ser exigido a las administradoras deberes que nacieron con posterioridad a la afiliación de la demandante. Explicó que mediante el interrogatorio se comprobó que a la accionante si le dio la debida información y en ese sentido el que no se hubiesen hecho proyecciones pensionales o se hubiesen advertido consecuencias con ocasión al traslado no implicaba que se violó el derecho de información, pues ya que para dicha época no se determinaron desventajas frente a un derecho pensional que ni siquiera se tuvo certeza de ser consolidado. Agregó que, también se compró que la inconformidad fue con su mesada pensional situación que no era suficiente para determinar una ineficacia del traslado e incluso para dicha época no era posible determinar si la accionante logró una mesada pensional. Seguido de ello, indicó que la condena no solamente fue devolver lo dispuesto en la cuenta de ahorro individual sino también otros rubros pues sobre la devolución de los gastos de administración, señaló que estos gastos devienen de un mandato legal, una destinación específica, siendo claro que se cumplió y mantuvo su vinculación con el RAIS, de modo que esas sumas no estuvieron en su poder en ese momento, sino que se invirtieron como lo exigía la norma y era claro que en la cuenta se reflejaron todos los rendimientos generados; por lo tanto, considero que no era justa tal devolución de las sumas usadas para generar esos rendimientos que se reflejaron en la cuenta de ahorro individual; al igual que la sumas adicionales dado que la rentabilidad que se benefició el

demandante surgió por el cumplimiento de un deber legal que le asistió a la administradora y que cumplió sus gestiones de manera oportuna y eficiente.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron sus respectivos alegatos de conclusión, PORVENIR Y COLPENSIONES, en similares términos a los de la alzada. Mientras que la UGPP, solicitando se confirme la decisión. La parte actora, guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargos de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años

para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 18 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 24 de diciembre de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió en el 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 14 de diciembre de 2018 (Fls. 28 a 32), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 529,71 semanas de cotización (fl. 41 y Exp. Digital: ANEXOS CD.pdf), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 07 de junio de 1996 (Fl. 19), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 19), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante

al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima*».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la

sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

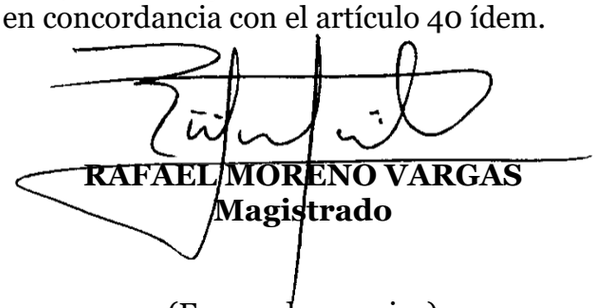
RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ANDRES JARAMILLO FLOREZ contra COLPENSIONES y AFP´S PORVENIR S.A. Rad. 110013105-027-2019-00023-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2021. De igual modo, la revisará en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **ANDRES JARAMILLO FLORES** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, con la AFP PORVENIR y por lo tanto esta no produjo efectos; se declare como afiliación valida la que hizo ante el ISS hoy COLPENSIONES. Se declare que se retrotraen los efectos de la afiliación al RAIS en PORVENIR y en tal sentido trasladar a COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiese realizado. Se condene a lo ultra y extra petita, costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que nació el 18 de noviembre de 1956, se afilió al ISS desde el 16 de diciembre de 1980 hasta el 30 de septiembre de 2002 y que cotizó en el ISS un total de 883 semanas, año en el cual se trasladó al RAIS, mediante la afiliación a PORVENIR S.A. el día 27 de septiembre de 2002. Manifestó que para dicha fecha no recibió asesoría por parte

de PORVENIR sobre las condiciones de su pensión de vejez en el RPMPD. Seguido de ello, el 17 de noviembre de 2008 contó con 1.196 semanas y 51 años de edad y que para dicha fecha le faltaban más de 10 años para pensionarse en el RPMPD, sin embargo, en ningún momento recibió asesoría por parte de la AFP que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales. Que solicitó la anulación de su afiliación ante el fondo de pensiones el día 21 de septiembre de 2018, obteniendo respuesta negativa por parte de PORVENIR el 24 de septiembre de 2018. De igual modo solicitó la anulación de afiliación ante COLPENSIONES, la cual fue negada. Que solicitó a PORVENIR una simulación pensional donde se le informó que el valor de su mesada pensional para la fecha en que cumpliera 62 años de edad en el RAIS seria de do $2.049.400 con más de 1701 semanas. Finalmente argumentó que si hubiese estado afiliado en el RPMPD hubiese tenido derecho a una pensión de $4.981.278 aproximadamente, es decir, que debido a la inexistencia de una debida asesoría por parte de la AFP se vició el consentimiento configurándose causal de nulidad de la afiliación (Fls 3 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que en el presente asunto no se debe declarar nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado al RAIS el 02 de noviembre de 2001 a la AFP PORVENIR, toda vez que en virtud de las pruebas presentadas al proceso se evidenció que el accionante se encontró válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria y consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS. Formuló como excepciones de mérito las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen», «inexistencia del derecho y de la obligación», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema», «inexistencia de la obligación de afiliación», «error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 82 a 98).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda a través de curador ad litem, indicando que no se opone ni se allana ateniéndose a lo que se prueba dentro del proceso. Formuló como excepciones de fondo las de «inhabilidades del demandante para traslado de régimen por razones de edad y tiempo cotizado», «ausencia de las causales de nulidad», «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «ausencia de falta al deber de asesoría e

información», «prescripción», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 137 a 144)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de junio de 2021 declaró la ineficacia del traslado del actor del RPMPD al RAIS mediante su afiliación a PORVENIR S.A. En consecuencia, condenó a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por las cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; condenó a COLPENSIONES a tenerlo como válidamente afiliado al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado y a recibir los dineros trasladados por PORVENIR. Declaró no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES y PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, indica que las sanciones impuestas por el ordenamiento a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado fundamentado en la ley 100 de 1993 en los artículos 271 y 272, articulo 13 CST y artículo 52 de la Constitución Política, por lo que no era necesario probar vicio del consentimiento, precisando respecto a la carga probatoria, que si el afiliado alegó que no recibió información cuando se trasladó al RAIS equivale a un supuesto negativo que no se acredita materialmente por lo que se debe invertir la carga probatoria, respondiendo la AFP, acreditando entonces que suministró la información de forma correcta. Señaló que antes del 2009 las AFP privadas tenían la obligación de hacer una ilustración de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, dando a conocer un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. En ese sentido, explicó que al estar probado que la afiliación inicial de la actora fue con el RPMPD, habiéndose trasladado al RAIS en la AFP PORVENIR, sin embargo, de la revisión de las pruebas la parte actora no había confesado haber recibido la información necesaria al momento del traslado y que la AFP PORVENIR no demostró haber brindado la información necesaria al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado. Por tanto, halló viable declarar la ineficacia de tal afiliación y conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, las cosas debían retrotraerse las cosas a su estado anterior, como su nunca hubiera ocurrida, con el traslado de todos los aportes, con rendimientos, comisiones y gastos de administración, lo cual no afectaba la

sostenibilidad financiera de Colpensiones. Frente a la excepción de prescripción, no prosperaba por estar ligada tal ineficacia al derecho pensional, que es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión para que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto, que se vulneraron los principios fundamentales como el de igualdad, dada la exigencia de requisitos legales que fueron posteriores a los del momento en que se realizó el traslado del régimen pensional; agregó que solamente hasta la expedición del Decreto 2555 de 2019 y el Decreto 2071 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de asesoría e información tanto para los afiliados como para el público en general, es decir, evidentemente fueron fechas posteriores al año 2002 en el que se evidenció que el demandante suscribió el formulario de afiliación. Explicó que a través del interrogatorio de parte cuando al accionante se le pidió que informara si en algún momento se le otorgó información en el momento en el cual suscribió el formulario dijo simplemente que no recordaba, lo cual no se puede constituir en prueba de que no se le hubiese brindado esa información, simplemente que no lo recordó, ya sea porque en su momento no fue relevante o que con el paso del tiempo no fue importante; en este mismo sentido, planteó que no se puede invertir la carga de la prueba porque fue un ejercicio responsable asumiendo la carga de demostrar que se brindó dicha información para esa fecha con el documento legal que no fue otro que el formulario de afiliación, el cual reposa en el expediente. En ese mismo orden se refirió a la sentencia SL4806 de 2020 para señalar que existe ineficacia de la afiliación cuando la insuficiencia de la información genera una lesión injustificada en el derecho pensional del afiliado impidiéndole acceso al derecho, lo cual no ocurre en el presente caso, como quiera que, en caso de que se cumplan con los requisitos puede acceder a su mesada pensional en el RAIS, y el valor de la mesada pensional no resulta ser una lesión injustificada. Explicó que el sistema de seguridad tiene por finalidad la debida atención de las contingencias a las que estuvieron expuestos los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados. Señaló estar acreditado que en efecto hubo voluntad libre de vicios por parte del accionante como quiera que suscribió el formulario de afiliación y no fue tachado de falso. Sostuvo que en caso de confirmarse la decisión, se revoque lo ateniente a los gastos de administración, en la medida que los gastos de administración tienen una destinación específica y en el presente caso se cumplió su cometido pues mientras estuvo afiliado al RAIS estas sumas de dinero fueron invertidas según las exigencias de la ley y ya no se

encontraban en su poder, reiterando que fueron invertidos en la administración de los recursos aportados en la cuenta individual, principalmente el manejo de inversiones para el incremento y la rentabilidad de los recursos que resultaron ser superiores a cualquier otra figura del sistema financiero, por lo tanto las sumas destinadas a estos gastos se encuentran extintas pues fueron destinadas al cumplimiento de su objetivo. Tampoco es procedente que la administradora restituya las sumas que se pagaron por conceptos de primas y seguros pensionales cuando ya no se encontraban en su poder sino en poder de la compañía que fue contratada para la cobertura, la destinación de esas sumas también cumplieron su objetivo y se encuentran agotadas pues se brindaron en su momento por la compañía de seguros y es imposible retrotraerse en el tiempo, de modo que resulta imposible que esas sumas sean devueltas a COLPENSIONES si ese régimen no cumplió ningún deber pues en el RPMPD no existió la necesidad de contratar seguros previsionales para los fines que sí estuvieron previstos en el RAIS. Recordó que conforme a lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, en caso de resultar un traslado de recursos de RAIS al RPMPD lo procedente además del traslado de la información correspondiente a la historia laboral es el traslado de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y garantías de pensión mínima, lo cual se debe hacer también cuando se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y las gestiones de administración desarrolladas. Agregó que la prima de seguro provisional se vio sufragada, la aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la póliza, de modo que no es viable el traslado de los recursos, por ser evidente que las sumas destinadas al pago de seguros previsionales y gastos de administración no deben ser trasladadas al RPMPD, ya que durante la afiliación, la AFP cumplió con proporcionar el aseguramiento de invalidez y muerte, es decir, se invirtió conforme a la estructura del RAIS.

A su turno. la apoderada judicial de **COLPENSIONES,** apeló la sentencia argumentando para tal efecto, que en los argumentos del fallo no se tuvieron en cuenta algunas reglas generales de las relaciones contractuales adquiridas por el accionante; pues este tipo de traslados además de derechos también generan responsabilidades de la misma parte teniendo en cuenta que esos deberes son trasladados y son señalados desde la ley; expuso que no se puede presumir dentro del proceso que no existió ningún tipo de información cuando la misma ley indica cómo son los traslados, cuando se terminan los traslados, como se puede devolver al régimen al que pertenecía; no se puedo tener como premisa mayor que no se conocía y que no se acuerda de las circunstancias de cómo se dio el traslado.

Añadió que como lo dijo la Corte Suprema, en los requisitos básicos para dar aplicación a la sentencia, las personas expresan que obligatoriamente los fondos no tuvieron esa falta de información y señalaron que se cumplió con el deber de información que no se da en este proceso, toda vez que el accionante asumió como argumento principal no recordar nada y se dio por entendido que PORVENIR S.A., no tenía el deber de información teniendo en cuenta que dentro de esos casos la única obligación que tenían los fondos antes de las sentencias sobre estos tipos de traslado, son los formularios que se allegaron dentro del proceso, precisando en este caso no se pueden dar las características de la corte al caso en concreto. Señaló que, debía tenerse en cuenta que la responsabilidad que tiene de recibirlo en el RPMPD, no exonera en ningún momento a quien genere el daño por la diligencia, manifestando así, que no se puede inculpar a COLPENSIONES para el reconocimiento de una posible pensión, teniendo en cuenta que, como se demostró y se argumentó que existió una diferencia pensional entre un régimen y el otro, no se puede decir que iba a haber un desbalance financiero cuando es evidente que en el RAIS y el RPMPD son distintas las formas de manejo tanto de los fondos, como de las cotizaciones de los afiliados y de la manera en que se procesan las informaciones financieras para poder procesar las pensiones. Que por lo anterior, no se puede tener como argumento el inconformismo para la ineficacia del traslado teniendo en cuenta que el accionante firmó sin ninguna presión y como se demuestra que se hizo el traslado sin ninguna presión, pues así lo acredita el formulario, el cual es la única forma que tiene las AFP para demostrarlo. Expuso que COLPENSIONES fue externa al negocio jurídico de la afiliación con la AFP y no puede verse afectada recibiendo la carga prestacional, toda vez que eso genera una afectación a la estabilidad financiera, manifestando que efectivamente como lo señala la ley, el traslado debió hacerse solamente faltando 10 años para la edad mínima de pensión, con la finalidad de que el Estado fuera proyectando financieramente al afiliado, de modo que no se pueden generar en ningún momento trastornos a COLPENSIONES que es el mayor afectado, teniendo en cuenta que esta es la única demandada dentro de los procesos de ineficacia que no se puede defender.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada y la respectiva contestación a la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia.

A su turno, la parte actora allegó alegaciones de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo demandatorio, solicitando que se confirme la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes

de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 24 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 18 de noviembre de 1956, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 10 de octubre de 2018 (fls. 42 a 46), es decir, cuando evidentemente ya le faltaban menos de diez años de edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 446,72 semanas cotizadas al ISS (fl. 25 y 100), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 27 de septiembre de 2002, según información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR (Archivo digital: *FORMULARIO ANDRES JARAMILLO FLOREZ.pdf*).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (27 de septiembre de 2002), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la

ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima*».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que el actor hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la

reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por MARIO ANDRES ZORRO ROJAS contra INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTION ADMINISTRATIVA Y OTROS. Rad. 110013105-006-2017-00194-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial del accionante MARIO ANDRES ZORRO ROJAS y la accionada SALUDCOOP EPS contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de mayo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **MARIO ANDRES ZORRO ROJAS** instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare que entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación, y las empresas CAFESALUD EPS S.A., CRUZ BLANCA EPS y SALUDCOOP EPS en liquidación, compañías del GRUPO EMPRESARIAL SALUDCOOP existe situación de unidad de empresa; que este grupo empresarial, utilizó la figura de tercerización en su contrato y, por tanto, existió un contrato realidad desde el 19 de diciembre de 2011. Que como consecuencia de ello, tanto el grupo empresarial SALUDCOOP, como las entidades COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO - EFECTIVA CTA, e IAC ACCIÓN Y PROGRESSO, son responsables solidariamente del pago solidario de las acreencias laborales causadas con ocasión de los servicios prestados, por concepto de 7 días de salario del 16 al 22 de marzo de 2016, 11,9166 días de vacaciones no disfrutadas, prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2016, concepto de cesantías e intereses a las cesantías del año 2016, sanción

moratoria por cada día de retardo, a partir del día 23 de marzo de 2016, hasta el día en que se efectúe el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, así como la indexación de estos valores. Asimismo, solicitó que se compulsen copias al Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, para que se inicie investigación administrativa contra las empresas del grupo empresarial SALUDCOOP, y las entidades EFECTIVA CTA e IAC ACCIÓN Y PROGRESSO por realizar actividades de intermediación laboral ilegal, en consecuencia, imponer las sanciones a que haya lugar y se condene a pagar las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que respecto de la demandada SALUDCOOP, esta ejerce situación de control y grupo empresarial, en calidad de matriz sobre las entidades IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, CAFESALUD EPS S.A. y CRUZ BLANCA EPS. Indicó que el representante legal de SALUCOOP EPS, ha tenido derecho de voz y voto en las reuniones de asamblea general que se realizan periódicamente en las entidades CAFESALUD EPS S.A, CRUZ BLANCA EPS e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, fijando sus políticas y directrices, entre otros temas, el laboral. Precisó que la empresa SALUDCOOP EPS suscribió contrato de mandato con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, de fecha 01 de junio de 2008, contrato de mandato No. DNC—SC-0380-2014, suscrito por el Agente Especial Interventor de SALUDCOOP EPS y el representante legal de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA de fecha 15 de agosto de 2014, contrato No. DNC — SC — 0379 - 2014 de prestación de servicios profesionales, suscrito por este mismo Agente de SALUDCOOP EPS y el representante legal de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA de fecha 15 de agosto de 2014. Mencionó que, en desarrollo del contrato suscrito, SALUDCOOP EPS en liquidación, requería trabajadores en "misión" y solicitaba su desvinculación a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación, quienes eran enviados por esta entidad cooperativa a prestar servicios "misionales" a SALUDCOOP EPS. Asimismo, señaló que SALUDCOOP EPS pagaba los gastos laborales, entre otros, salarios, prestaciones sociales, liquidaciones, indemnizaciones, generados por obligaciones laborales de dicho personal a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, más gastos de administración. Informó además, que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, no solo asumió en virtud del contrato de mandato, el proceso de nómina y talento humano a través de outsourcing con la empresa SALUDCOOP EPS, sino que además suministró personal para laborar en «misión» en esta compañía, bajo el consentimiento de la empresa matriz, asociada y cliente, SALUDCOOP EPS y esta enviaba a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA requerimientos de contratación de personal para llenar alguna vacante laboral en las actividades que debía desarrollar de acuerdo con su objeto social. En dichos requerimientos, SALUDCOOP EPS OC en liquidación establecía las condiciones de contratación laboral que debla seguir IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, como el tipo

de contrato, cargo, cantidad de vacantes, salario, funciones, horario y lugar de trabajo. etc. Adicionalmente expuso que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación procedía a buscar, entrevistar y contratar directamente, para que prestaran servicios en «misión» a SALUDCOOP EPS, bajo las condiciones laborales que ésta le señalara. Añadió que el pago de las acreencias laborales de los empleados de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA requeridos por SALUDCOOP EPS en liquidación para que laboraran en actividades «misionales», era sufragado y dependía de dicha EPS, previo envío de reporte de cobro que le enviaba mensualmente IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA. Adicionalmente manifestó que SALUDCOOP EPS, CAFESALUD EPS S.A. y CRUZ BLANCA EPS, también requerían en conjunto a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, personal para trabajar en beneficio de ellas tres.

Respecto de las demandadas IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, EFECTIVA CTA e IAC ACCIÓN Y PROGRESSO refirió que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación es controlada por la sociedad SALUDCOOP EPS (Matriz), y simultáneamente se realiza una situación de grupo empresarial. Indicó que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA fue constituida el 25 de marzo de 2008 y se constituyó con un patrimonio $10.000.000. Mencionó que los asociados fundadores de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, son la Cooperativa de Trabajo Asociado EFECTIVA CTA con un 10% de aportes, la Institución Auxiliar del Cooperativismo ACCIÓN Y PROGRESSO — IAC ACCIÓN Y PROGRESSO con un 20% de aportes y SALUDCOOP EPS con un 70% de aportes, siendo el más influyente en la organización cooperativa. Precisó que la asamblea general de asociados de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA escoge a los miembros del Consejo de administración y la junta de vigilancia, y este Consejo de administración tiene como principales funciones, entre otras, cumplir y hacer cumplir la Ley, el estatuto, los reglamentos y los mandatos de la Asamblea General. Informó que Los miembros principales del Consejo de administración de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, Pipiciano Chicangana Guido, Andrea del Pilar González Moreno y Carlos Adriano Tribin Montejo, renunciaron a dichos cargos el día 01 de junio de 2016, adujo que con ocasión a la renuncia de los miembros del Consejo de administración, las decisiones tomadas por la Asamblea general de asociados, eran las directrices y como consecuencia de ello, las empresas que tienen representantes en la Asamblea general de asociados de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, es decir, EFECTIVA CTA, IAC ACCIÓN Y PROGRESSO y SALUDCOOP EPS en liquidación, quien además afirmó que ostenta la calidad de matriz o controlante, responden solidariamente por permitir y autorizar la contratación laboral y enviar personal a trabajar en las instalaciones de las empresas cliente que hacían parte del grupo empresarial. Argumentó que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, registra en su objeto social actividades de gestión administrativa, comercial y jurídica que desarrolla por medio de Outsourcing exclusivamente a personas naturales o

jurídicas. Añadió que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, realizó las actividades de gestión administrativa, comercial y jurídica, con entidades y empresas del grupo empresarial SALUDCOOP EPS. Señaló que las empresas de servicios temporales son las únicas autorizadas por la ley para realizar suministro de personal. Argumentó que la Superintendencia de la Economía Solidaria resolvió ordenar la liquidación de la Institución Auxiliar del Cooperativismo GESTIÓN ADMINISTRATIVA, mediante Resolución 20161400007565 del 14 de diciembre de 2016. Argumentó que IAC ACCIÓN Y PROGRESSO, entidad que hace parte de la Asamblea general de asociados de la IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, fue fundada por la Cooperativa de los Empleados de SALUDCOOP PROGRESSA, quien ostenta la calidad de única asociada. Adicionalmente señaló que en la celebración del Acta de Constitución de Soluciones y Alternativas Comerciales «EFECTIVA» Cooperativa de Trabajo Asociado, realizada el día 4 de julio de 2.000, asistieron representantes de SALUDCOOP EPS en calidad de delegados observadores.

Respecto de su relación con las demandadas, informó que el día 19 de diciembre de 2011, suscribió contrato de trabajo a término indefinido, bajo el cargo de consultor de atención al usuario, con la empresa CONTACT SERVICE LTDA, cuyas funciones eran las de atención al usuario y eran realizadas en beneficio de las EPS SALUDCOOP EPS, CAFESALUD EPS S.A. y CRUZ BLANCA EPS. Mencionó que el día 31 de agosto de 2015 la empresa CONTACT SERVICE LTDA suscribió una cesión de contrato con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, en dicha cesión de contrato, la entidad cooperativa asume las obligaciones laborales derivadas del contrato cedido a partir del día 01 de septiembre de 2015, precisó que el documento estableció la obligación para IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA de reconocer derechos, obligaciones y la antigüedad del demandante, desde el inicio de laborales con CONTACT SERVICE, es decir, desde el día 19 de diciembre de 2011. Manifestó que las funciones desempeñadas como consultor de atención al usuario, se realizaban en beneficio de CAFESALUD EPS S.A., SALUDCOOP EPS y CRUZ BLANCA, a través de un aplicativo común. Explicó que el último salario devengado por la labor desempeñada en beneficio de las tres EPS, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, una vez cobraba estos costos a CAFESALUD EPS S.A., CRUZ BLANCA EPS y SALUDCOOP EPS, fue de $961.300 el cual era pagado de forma quincenal. Señaló que sus jefes inmediatos eran los señores Yudi del Pilar Díaz y el señor Juan Sebastián Devia, funcionarios del grupo empresarial SALUDCOOP, añadió que el día 22 de marzo de 2016, presentó renuncia voluntaria a la entidad IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA. Resaltó que trabajó en beneficio de CAFESALUD EPS S.A., CRUZ BLANCA EPS y SALUDCOOP EPS, desde el día 19 de diciembre de 2011 hasta el día 22 de marzo de 2016, para un total de 1.534 días laborados, no obstante que, formalmente estaba vinculado con la entidad IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA. Adujo que su labor

fue ejecutada de manera personal y subordinada en beneficio de las empresas CAFESALUD EPS S.A., SALUDCOOP EPS OC en liquidación y CRUZ BLANCA EPS. Informo, además, que al terminar la relación laboral con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, ni esta entidad cooperativa, ni CAFESALUD EPS S.A., CRUZ BLANCA EPS, SALUDCOOP EPS en liquidación, en calidad de cliente, asociado y controlante, EFECTIVA CTA o IAC ACCIÓN Y PROGRESSO, pagaron la liquidación final de sus prestaciones sociales pasando más de 12 meses en mora. Argumentó que CAFESALUD EPS S.A., CRUZ BLANCA EPS y SALUDCOOP EPS en liquidación, empresas del grupo empresarial SALUDCOOP sobre las que se ejerce control, han acordado con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, realizar el pago con recursos propios, de las liquidaciones finales de prestaciones sociales más una bonificación por retiro del personal que estaba vinculado laboralmente a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación, pero solo a las personas que suscribieron dicho acuerdo de transacción. Precisó que a las personas que firmaban el acuerdo de transacción, se les pagó de manera pronta y oportuna. Indicó que, no obstante estar debiéndosele la liquidación final de prestaciones sociales, en las mismas condiciones que a los demás trabajadores, no se le han pagado sus acreencias laborales. Adujo que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, en comunicación dirigida al Ministerio de Trabajo, de fecha 25 de julio de 2016, afirmó que «*tiene dificultades financieras (…), que han generado una crisis de demoras en el cumplimiento de la cancelación de sus obligaciones laborales y de seguridad social con nuestros trabajadores*». Advirtió que la situación financiera, laboral y jurídica de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA era conocida ampliamente por la Asamblea general de sus asociados, EFECTIVA CTA, IAC ACCIÓN Y PROGRESSO y SALUDCOOP EPS, del Consejo de administración y de la junta de vigilancia de la misma, en la que intervenía la representante legal de SALUDCOOP EPS.

En igual sentido, argumentó que en reunión de Asamblea general extraordinaria de asociados de la IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA de fecha 31 de agosto de 2016, se dejó escrito que los miembros de Asamblea manifestaron su compromiso y apoyo para exhortar a las empresas de pagar las obligaciones que tienen pendientes y se encuentran a favor de IAC Gestión Administrativa, así mismo, se señaló que, en el curso de la liquidación voluntaria, deberán continuarse los acuerdos transaccionales de mutuo acuerdo con los trabajadores, con el fin de terminar de la mejor forma posible el vínculo laboral que aún se tiene con quienes figuran en la planta activa de IAC, sin distinción de las personas vinculadas a contratos de mandato y las personas que desempeñan apoyo administrativo en IAC. Adicionalmente informó que CAFESALUD EPS S.A. cubrió el pago de las obligaciones laborales, incluyendo el valor correspondiente a liquidaciones e indemnizaciones de trabajadores enviados en «misión» por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, desde el 01 de junio de 2008 hasta el año 2015, momento en el

cual, a través de otro contrato, se excluyeron de dicha responsabilidad. Del mismo modo, señaló que CAFESALUD EPS S.A. se negó desde el año 2015 hasta el día 08 de agosto de 2016, fecha en la que terminó el contrato de mandato entre ellas, a sufragar los costos laborales de los trabajadores enviados por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA. Explicó que, en las reuniones efectuadas por la Asamblea general de asociados de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, se tomaban decisiones referentes al funcionamiento de la entidad, pero nunca se buscaron soluciones efectivas de pago de sus acreencias laborales, ni de las personas desvinculadas que esperaban el pago de su liquidación. Expresó que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA realizó varias reuniones de asamblea de asociados, sin embargo, en ninguna de ellas, se puso de presente la situación de intermediación laboral que se estaba ejecutando y por el contrario, sus asociados actuaron corno si la entidad funcionara de manera legal, resaltó que CAFESALUD EPS S.A., CRUZ BLANCA EPS y SALUDCOOP EPS S.A., no pagaron a los trabajadores enviados en misión por IAC GESTIÓN ADMINISTRTIVA o que laboraban en beneficio de ellas, sus emolumentos laborales. Adujo que el día 27 de abril de 2016, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, le entregó un documento de liquidación final de prestaciones en el que se evidencian los valores que se le pagarían por liquidación y esta no fue pagada. En suma, mencionó que el día 18 de julio de 2016, solicitó a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, le informaran cuando se realizarla el pago de su liquidación final, informando que el área de nómina le manifestó telefónicamente que se contactaran con el área de tesorería de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA para que le pagaran su liquidación. Agregó que el día 08 de septiembre de 2016, envió por correo certificado una citación de conciliación laboral del Ministerio del Trabajo, dirigido a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, programada para el día 14 de septiembre de 2016. Finalmente argumentó, que el día 14 de septiembre de 2016, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA no se presentó a la audiencia de conciliación laboral programada por el Ministerio del Trabajo y advirtió que el 13 de enero de 2016, presentó la reclamación de acreencias en el proceso de liquidación de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (Fls. 5 a 27).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La accionada **INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCION Y PROGRESO,** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que entre el demandante y la institución no ha existido relación laboral alguna, por lo que considera improcedente emitir condena en su contra, así las cosas, no debe proferirse condena en costas y por el contrario esta habrá de proferirse en contra de la parte demandante. Propuso como excepciones de mérito las de «falta de legitimación por pasiva», «prescripción», «inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el caso concreto», «inexistencia de obligación

laboral», «inexistencia de los requisitos para la declaratoria de unidad de empresa», «inexistencia de solidaridad» y «excepción genérica» (Fls. 683 a 709).

A su turno, la accionada **INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTION ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACION,** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que no es procedente la declaratoria de la existencia de una unidad de empresa entre las sociedades mencionadas dentro de las pretensiones del escrito de la demanda, en razón a que, las relaciones comerciales existentes tenían fundamento en el desarrollo de contratos comerciales y civiles, más no eran la consecuencia de ordenes impartidas por una empresa superior que tuviera la calidad de control y mando sobre la Institución. Expuso que tampoco es procedente lo solicitado respecto de los pagos solicitados, por cuanto en primer lugar no existe una unidad de empresa y adicional a ello, dentro del informe de proceso de liquidación presentado a la Supersolidaria por el anterior liquidador, se tiene en cuenta para su estudio y reconocimiento, los pasivos laborales de IAC y la cancelación de los montos dinerarios a los que haya lugar, conforme la prelación de créditos establecida para tal fin, con los recursos económicos que se han recuperado y se recuperen dentro del desarrollo del proceso de liquidación ordenado por la Supersolidaria. Explicó en relación con la tercerización laboral, que la Supersolidaria ordenó la intervención administrativa en liquidación por incurrir en las causales descritas artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, razón por la cual se atiene a lo probado dentro del asunto, con la salvedad de las normas que le son aplicables a los procesos de liquidación forzosa administrativa y la forma de pago de las obligaciones que se encuentren pendientes de pago a todas las personas naturales y/o jurídicas que prueben los derechos alegados. Precisó que no ha existido mala fe por parte de INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACION, por cuanto no tiene acceso a ningún tipo de información que le permita identificar las causas que dieron origen al supuesto no pago de las acreencias laborales del demandante, y en cuanto a la falta de respuesta a las reclamaciones o peticiones presentadas a IAC, indicó que ha sido la consecuencia de la falta de documentos e información y la iliquidez económica que muestra la sociedad que representó, sin embargo, adujo que el agente liquidador se encuentra adelantado todas y cada una de las acciones necesarias a fin de obtener la información perdida y la reconstrucción de la misma. Aunado a lo anterior, anotó que nunca ha existido mala fe por parte de la INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACION respecto del cumplimiento de las obligaciones económicas que se encuentran a su cargo, por cuanto los trabajadores que han sido desvinculados por renuncia voluntaria o desvinculación, como consecuencia de la terminación unilateral de los contratos de trabajo, señaló que es la derivación del giro

normal de una persona jurídica, que tienen a su cargo personal para el cumplimiento del objeto social y las actividades económicas que desarrollen, mas no decisiones de índole subjetivo. Mencionó que tampoco ha existido mala fe por parte de la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTION ADMINISTRATIVA frente al no pago de los valores contenidos en la liquidación aportada por el accionante, ya que esto ha sido la consecuencia de fuerza mayor y caso fortuito. Adujo que las situaciones que dieron origen a la liquidación forzosa y administrativa de la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA aún persisten, siendo uno de los motivos primiciales la falta de liquidez dinerada y la falta de soportes físicos documentales o digitales, para no haber Podido cumplir con el pago de las obligaciones económicas existentes a favor de los trabajadores y siendo acreedores. No presentó excepciones (Fls. 707 a 715).

Del mismo modo, la accionada **CAFESALUD EPS S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la defensa se fundamenta en el hecho de que entre el demandante y CAFESALUD EPS S.A. nunca existió un contrato de trabajo directo ni indirecto a través de intermediarios. Mencionó que la totalidad de las afirmaciones contenidas en los hechos de la demanda, corresponden a propias conclusiones allegadas por el demandante con el fin de corroborar que su teoría es la cierta, no obstante, incurrió en constantes imprecisiones. Señaló que a pesar de que exista un grupo empresarial encabezado por la sociedad SALUDCOOP, el mismo en la práctica no tiene efectos jurídicos, y así ha solicitado a la Superintendencia de Sociedades que se pronuncie. Adicionalmente adujo que SALUDCOOP no ejerce ninguna situación de control sobre CAFESALUD, pues esta última se rige por las disposiciones de la junta directiva, inscrita por demás en su Cámara de Comercio, quien actúa de manera libre e independiente. Precisó que el objeto social de SALUDCOOP y el de CAFESALUD son diferentes, y en la actualidad ambas empresas desarrollan actividades disímiles entre sí. Agregó que las instalaciones de cada una de las empresas demandadas, así como sus procesos internos, las directrices administrativas, y los órganos de dirección, son completamente diferentes entre sí, por lo que no es posible, bajo ninguna circunstancia, que una misma persona desarrolle tres actividades simultáneas para tres empresas diferentes con las características descritas. Detalló que CAFESALUD, SALUDCOOP y CRUZ BLANCA, gozan de plena autonomía jurídica, financiera y legal y entre tanto cada una se rige por su propia administración. Resaltó que CAFCSALUD no tiene injerencia alguna en las empresas IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, EFECTIVA CTA, ACCIÓN Y PROGRESO. Añadió que las actuaciones de CAFESALUD con la sociedad IAG GESTIÓN ADMINISTRATIVA, se limitan al desarrollo de dos contratos, uno de prestación de servicios y otro de mandato. Finalmente considera que deben tenerse en cuenta la multiplicidad de confesiones

contenidas en la demanda, por medio de las cuales se indicó que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA era la verdadera empleadora del demandante durante todo el vínculo laboral, por lo tanto, cualquier tipo de deuda que hubiere quedado pendiente por cancelar al accionante, sólo a esta institución le compete. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de obligación», «prescripción», «temeridad y mala fe» y «buena fe» (Fls. 780 a 807).

La accionada **SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE MERCADEO EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO -EFECTIVA CTA,** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que, nunca se presentó nexo laboral ni de ningún otro tipo entre el señor MARIO ANDRÉS ZORRO ROJAS y EFECTIVA CTA. En consecuencia, solicitó al Despacho absolver a EFECTIVA CTA. de todas las pretensiones de la demanda, así como de cualquier eventual condena y, se condene al demandante al pago de las costas y agencias en derecho del proceso. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de relación laboral», «carencia del derecho», «buena fe», «prescripción», «compensación», «pago», «cobro de lo no debido», «inexistencia de las obligaciones reclamadas», «buena fe» e «inexistencia de solidaridad entre las demandadas» (Fls. 848 a 859).

La accionada **CRUZ BLANCA EPS,** contestó la demanda solicitando ser desvinculada y con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el señor MARIO ANDRÉS ZORRO ROJAS, en ningún momento prestó sus servicios personales a CRUZ BLANCA EPS S.A., ni bajo su subordinación e instrucciones, así como tampoco se le canceló por parte de la EPS sus salarios y emolumentos laborales, por tal motivo, no encontró ningún tipo de responsabilidad contractual con el accionante. Bajo ese entendido señaló que, no es posible establecer la existencia de una relación laboral, por cuanto no se dan los presupuestos para predicar la existencia de dicha relación; Agregó que la misma parte actora, confiesa que su verdadero empleador es la empresa CONTACT SERVICE LTDA, y finalmente IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA., así mismo, aclaró que los servicios que el demandante desarrollaba eran a favor de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, en virtud de un contrato de mandato suscito entre la IAC y las demás entidades demandadas. Por tal motivo, explicó que CRUZ BLANCA EPS S.A. no es solidariamente ni subsidiariamente responsable de las acreencias reclamadas en el presente proceso, en primer lugar, por cuanto si bien el actor afirmó haber laborado en beneficio de las empresas demandadas, dicho servicio no puede ser entendido bajo ninguna circunstancia de intermediación, pues IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA contrató varios servicios en beneficio de varios terceros, en cuyos contratos se observa que la IAC asumía por su cuenta y riesgo todas

las actividades y servicios contratados, así mismo, CRUZ BLANCA EPS S.A. no interfirió en ninguna circunstancia, ni en las decisiones técnicas, financieras y directivas de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, porque no hace y nunca fue parte de su constitución, ni de su cuerpo directivo. Finalmente, anotó que los procesos contratados con la IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA no hacen parte del objeto social, que no es otro del promover el aseguramiento de los usuarios al sistema general de seguridad social en salud. Propuso como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de responsabilidad solidaria», «inexistencia de relación laboral entre el demandante y cruz blanca EPS. S.A.», «inexistencia de unidad de empresa», «inexistencia de la obligación indemnizatoria a cargo de cruz blanca EPS. S.A. y cobro de lo no debido», «buena fe de Cruz Blanca EPS SA», «prescripción», y «excepción genérica» (Fls. 883 a 898).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 27 de mayo de 2021, condenó a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA a reconocer y pagar al demandante la liquidación final del contrato de trabajo por $462.649 por concepto de cesantías, intereses sobre las mismas, primas de servicios, vacaciones y devoluciones, ajustes a pensión, salud y sueldo; de igual forma condenó la suma de $224.310 por concepto de salario de 07 días, del día 16 al 22 de marzo del 2016 y la indemnización moratoria a razón de la suma diaria de $33.4969 a partir del día 26 de marzo de 2016, hasta el 13 de diciembre de 2016. Declaró la responsabilidad subsidiaria de SALUDCOOP, en consecuencia, la condenó a pagar la anterior condena en caso de que el pago no pueda ser asumido por IAG y condenó en costas a la parte demandada.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme los artículos 245 y 246 del Código General del Proceso, así como las documentales allegadas, se probó que el contrato de trabajo inició el día 19 de diciembre del 2011 como Consultor –atención del usuario, que se cedió el 01 de septiembre de 2015 a la Sociedad IAC Gestión Administrativa, y finalizó el 22 de marzo de 2016. Mencionó que se acreditó que el accionante desempeñó las funciones relacionadas con el registro de afiliaciones, ejecución de tramites de cartera, tramites de caso de movilidad de usuarios y atención a los casos de portabilidad, en beneficio de SALUDCOOP EPS y CRUZ BLANCA EPS, en desarrollo a los contratos de mandato que la sociedad IAC Gestión Administrativa celebró con CAFESALUD, CRUZ BLANCA y SALUDCOOP, registrando como objeto de dichos contratos, actividades relacionadas con las funciones que realizó el accionante, sin embargo, advirtió que no fue probada la subordinación del demandante respecto de SALUDCOOP EPS y CRUZ BLANCA EPS, resaltó que los interrogatorios de las

demandadas no aportaron a los hechos del debate probatorio. Adujo que la testigo Angela Romero afirmó que laboró con el accionante como asesora en línea en sede física de la calle 116 de propiedad de SALUDCOOP, indicó también que el actor desempeño la labor de atención al usuario EPS en Grupo SALUDCOOP, utilizando la plataforma digital del mismo y recibía ordenes de la sociedad IAC Gestión Administrativa por conducto del señor Johan Fajardo, quien detentó la calidad de jefe inmediato del accionante y fue quien le asignó el horario laboral, cubículo de trabajo, asignó, distribuyó las funciones y quien además le tramitó los permisos requeridos, quien a su vez tuvo vínculo directo con la sociedad IAG Gestión Administrativa. Destacó que no se probó la subordinación jurídica con el Grupo SaludCoop, por cuanto la prueba testimonial no hizo referencia al hecho por desconocimiento del mismo, en consecuencia, condenó a la Sociedad IAC Gestión Administrativa en su condición de empleador del accionante a reconocer y pagar la liquidación del contrato de trabajo, subrayó que la crisis económica no justifica el no pago de las obligaciones, y en ese sentido consideró que el actuar de la sociedad IAC Gestión Administrativa fue desprovisto de buena fe, sin embargo, luego de asumida la administración por un ente externo nuevo, no se le puede endilgar a este último mala fe. En suma, declaró la responsabilidad subsidiaria de SALUDCOOP EPS, dada la situación de control como matriz que ejerce sobre IAC Gestión Administrativa, tal como se derivaba del certificado de existencia y representación legal, lo cual corresponde a los dispuesto en la Ley 222 de 1995 y en ese sentido, la entidad está obligada a pagar la condena bajo el supuesto en que el pago no puede ser asumido por la subordinada IAC Gestión Administrativa. Absolvió a Cruz Blanca EPS Efectiva CTA, IAC Acción y Progreso.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandante presentó recurso de apelación, argumentando que si bien se condenó a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y subsidiariamente a la EPS SALUDCOOP para que responda por lo sentenciado, explicó que no se tuvo en cuenta a las demás demandadas, que también tenían que estar condenadas, puesto que el actor trabajó plenamente para todo el grupo, y si bien, las cooperativas ACCION Y PROGRESO y EFECTIVA no son EPS, sí participaron en la administración de IAC Gestión Administrativa, en la asamblea y consejo de administración de esta, la cual consideró fue creada ilegalmente como una simulación exclusivamente para firmar contratos de trabajo y enviar en la realidad a prestar servicios a las EPS, como ocurrió con el actor, quien todo el tiempo estuvo vinculado y le prestó servicios a las EPS en las instalaciones del Grupo SaludCoop, pero también le prestó servicios a CAFESALUD y CRUZ BLANCA; que fue un plan para defraudar y no cumplir con las obligaciones laborales, de modo que IAC era una mera intermediaria utilizada para el pago de los salarios, de modo que hubo un incumplimiento y una mala

fe no solo de esas dos entidades, sino con las demás que no fueron condenadas. Citó el artículo 7 de la Ley 1233 de 2008 para señalar las consecuencias de las entidades cooperativas que participen en intermediación laboral se hacen solidariamente responsables de las obligaciones que se generen de esas operaciones. Fue reiterativo en que IAG era una empresa de papel, para enviar trabajadores al Grupo SaludCoop.

A su turno, la apoderada de SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN presentó recurso de apelación en contra de la Sentencia emitida, para lo cual expresó que esta entidad nunca tuvo contrato con el demandante y agregando que, según lo relatado por los testigos, el señor Johan Fajardo y la señora Yudi del Pilar Diaz no representaban a SALUDCOOP EPS en ningún momento, con ello, no se presentó la subordinación requerida como elemento necesario de artículo 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Precisó que, la Ley 222 de 1995 establece que los sujetos sometidos a grupo de control o empresarial conservan su individualidad jurídica, es decir, mantienen sus atributos y obligaciones. Agregó que el Ministerio de Trabajo, mediante Resolución 408 del 22 de febrero de 2021, aclaró que SALUDCOOP EPS a partir del 25 de noviembre del 2015 no se encuentra realizando su objeto social, pues únicamente realiza actividades encaminadas a finalizar el proceso de liquidación, por lo que no es posible condenarla solidariamente por las obligaciones laborales del personal de salud que se encontraba laborando para otra persona jurídica en el año 2016.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO ACCION Y PROGRESSO alegó en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. De igual modo el señor MARIO ANDRES ZORRO ROJAS solicitó que se modifique la decisión, en similares términos a los indicados en la alzada. Las demás accionadas guardaron silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS y dando alcance a las materias objeto de reproche por el demandante y la accionada SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN, deberá la Sala establecer si resulta procedente extender las condenas impartidas en primera instancia contra IAC

GESTIÓN ADMINISTRATIVA a las otras entidades demandadas, en virtud de una unidad de empresa o por haberse beneficiado del trabajo del demandante; así como determinar si SaludCoop debe ser condenada de forma subsidiaria.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver los problemas jurídicos que se extrajeron de la alzada, se debe aclarar que la apelación de la parte actora resulta confusa y se debe hacer un esfuerzo interpretativo, se extrae que no presenta inconformidad con la condena impartida en primera instancia contra IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y subsidiariamente contra EPS SALUDCOOP, por lo que endereza su descontento con el hecho de que no se irradió la misma condena contra las demás accionadas, como CRUZ BLANCA y CAFESALUD, lo cual sustenta en el hecho que IAC fungió como simple intermediaria remitiendo al demandante a laborar al servicio del GRUPO SALUDCOOP, dejando entrever que también la condena se configura por unidad de empresa de las demandadas.

Así pues, como el demandante sostiene que la prestación de sus servicios fue a favor las entidades promotoras de servicios de salud SALUDCOOP, CRUZ BLANCA y CAFESALUD, así como las COOPERATIVAS ACCIÓN Y PROGRESO Y EFECTIVA CTA, en tanto se configuran todos los elementos del vínculo laboral y de ahí la condena que reclama, lo cual se insiste, es lo que se interpreta de manera forzada, por lo que se revisará tal aspecto a continuación y para ello debe recordarse inicialmente que lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

En ese sentido, y de manera preliminar, es importante anotar que en el asunto se encuentra acreditado que el actor suscribió un contrato de trabajo a partir del 19 de diciembre 2011, precisando, que el contrato se inició con la empresa CONTACT SERVICE LTDA, siendo cedido a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA a partir del 1° de septiembre de 2015 (folio 573), el cual finalizó por decisión del demandante el 22 de marzo de 2016 (folio 576); no obstante encontrarse probado ello en el sub lite, argumenta la parte actora que en virtud del mismo, prestó sus servicios personales para las demás Empresas que conforman el Grupo SaludCoop, como las demandadas CAFESALUD, SALUDCOOP, COOPERATIVAS ACCIÓN Y PROGRESO Y EFECTIVA CTA, desempeñando actividades bajo la continuada subordinación y dependencia de las mismas, por lo que, considera, se desvirtúa la independencia de quien dice ser su empleadora, advirtiendo, esta carece de la capacidad para cubrir los gastos de sus empleados con sus propios medios, no tiene libertad, ni autonomía, ya que las

actividades son llevadas a cabo en las instalaciones físicas de las EPS y las instrucciones son impartidas por las beneficiarias de sus servicios, de modo que su contratante no puede ser considerada como verdadera empleadora, siendo quienes fungieron como usuarias ficticias sus verdaderas empleadoras.

Lo anterior, fuerza en este punto establecer la existencia de una intermediación o tercerización laboral, bajo la óptica del simple intermediario, como quiera que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA no tiene la naturaleza de pre cooperativa o cooperativa de trabajo asociado, ni la de una empresa de servicios temporales.

Sobre el particular, el artículo 35 del C.S.T., entratándose de a quién se le denomina simple intermediario establece que *«son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. […]»

En lo atinente a este aspecto, sostuvo la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, lo siguiente:

> *«Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo trascrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:*
>
> *"a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.*
>
> *"b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario "representante" del empleador».*

A su turno, el artículo 34 define a los contratistas independientes de la siguiente forma:

> *«1. Son contratistas independientes y, por tanto,* ***verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios****, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. […]».*

En tales términos, su obligación no consiste en el suministro de personal, sino en lograr, por su cuenta y riesgo y a cambio de un precio, el objeto contractualmente definido con el dueño de la obra. De forma que, en este orden de ideas, su actividad no es la intermediación laboral, sino la realización de actividades especializadas que le permiten construir una determinada obra o prestar un determinado servicio.

Ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema que, por su esencia, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, contempla dos relaciones jurídicas, a saber: una entre el beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta; y otra entre este contratista independiente y los trabajadores que utiliza para tal fin. Las dos relaciones, a no dudarlo, son disímiles en su origen, objeto, causa, finalidad, naturaleza y partes que la integran. La primera es de naturaleza civil o comercial, en tanto que la segunda es laboral.

En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es empleador en términos formales o reales con respecto de los trabajadores vinculados por el contratista y adscritos al objeto contractual, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a ellos, de suerte que sólo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio (Sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en sentencia de 12 de septiembre de 2012, radicado 55498), por lo que, de presentarse, conforme al artículo 34 del CST, responderá únicamente de manera solidaria, pero en manera alguna tomará la calidad de empleador.

Así, y pese a encontrarse diferenciadas ambas figuras jurídicas en la norma sustancial, puede presentarse confusión frente a cuál de ellas es la que regula una relación de trabajo, más si se tiene en cuenta que ambas poseen consecuencias legales disímiles para el beneficiario del servicio, por lo que, ha de ser el juzgador quien determine, con base en los elementos probatorios y las circunstancias específicas de cada caso, la figura aplicable. Así lo ha establecido el Tribunal de Casación al instituir:

> *«Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas,* ***sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario****, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en*

> *principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas." (Sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, reiterada en sentencia SL868-2013 Radicación n° 56580 de 13 de noviembre de 2013)»*

En claro lo anterior y atendiendo las posibles instituciones que se configuran en la ejecución de las relaciones de trabajo, en el sub examine, se tiene que las accionadas negaron que hubiesen contratado directa o indirectamente a través de intermediarios al demandante para que le prestara servicios personales, además, fueron enfáticas en sostener que nunca ha existido relación o vínculo laboral bajo ninguna modalidad, y que, su empleador es una persona jurídica independiente.

En ese orden, revisado el haz probatorio aportado a los autos, en lo que interesa al tema, se tiene que el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de Consultor de Atención al Usuario; ahora bien, la señora Jenny Paola Acosta Vega, quien desempeñó el cargo de Coordinadora de Asuntos Laborales en IAC Gestión Administrativa, mencionó en su testimonio que no conoce al señor Mario Andrés Zorro Rojas directamente, pero sabe que fue un trabajador de IAC Gestión Administrativo, lo cual le consta porque él como muchos otros trabajadores, incluyéndose ella, salieron de IAC sin el reconocimiento del pago de la liquidación de prestaciones sociales; no sabe que cargo desempeñó el demandante en IAC, tampoco las funciones que desempeñó, tampoco cuando ingresó ni cuando se desvinculó, ni en qué sitio desempeñó el demandante labores. De modo que, nada dijo sobre las circunstancias en que el actor desempeñó sus funciones, sino que su dicho se basó en su propia experiencia como trabajadora.

Por su parte, la señora Ángela Arenas Romero, quien laboró en atención al usuario de línea de frente de la EPS del Grupo SALUDCOOP del año 2013 al año 2016, dijo conocer al demandante porque trabajaron juntos en la *sede de la 116* de SaludCoop con IAC Gestión Administrativa; que él era asesor de línea de frente del grupo SALUDCOOP. Que las funciones consistían en realizar afiliaciones para empresas, para empleados, inclusiones de beneficiarios y actualización de datos *entre cuerda*. Que cuando ella ingresó en el 2013, él ya llevaba ahí como unos 5 años. Que para desarrollar sus funciones las herramientas de trabajo las proporcionaba IAC. Que el señor Juan Sebastián Devia, era su jefe inmediato y les impartía órdenes, horarios, quien estaba vinculado con IAC. Asimismo, la señora Yuri del Pilar también impartió directrices al demandante y estaba vinculada con IAC; que las entidades SALUDCOOP, Cruz BLANCA y/o CAFESALUD, no le suministraron elementos de trabajo al demandante de forma directa y no tenía conocimiento que estas entidades le hayan impartido órdenes al

demandante; que al demandante se le suministro carné de identificación por parte de IAC e igualmente era quien expedía los comprobantes de nómina. Dijo que no sabía si el demandante tuvo vínculo alguno con EFECTIVA CTA, si recibía instrucciones o llamados de atención por parte de un funcionario de Efectiva CTA, o algún tipo de inducción por parte de esta. Tampoco que el señor Andrés Zorro haya prestado sus servicios para la entidad denominada Acción y Progreso.

No se aportaron otros elementos de prueba y del interrogatorio de parte absuelto por el Representante Legal de SaludCoop, no se deriva confesión alguna en favor los intereses del actor. Por lo que, de entrada debe señalarse, a juicio de esta Sala de decisión, no se logró demostrar que en virtud del contrato de trabajo suscrito por el actor con IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, como lo concluyó la a quo, no se demostró siquiera que se hayan prestado sus servicios personales en favor de las entidades accionadas, salvo con IAC, y en ese orden ante la ausencia de prueba de este elemento, en los términos señalados en la demanda, no es dable dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., ni entender, que ni las EPS o las CTA accionadas, para el periodo en que estuvo contratada por IAC hayan fungido como verdaderas empleadoras y correlativamente IAC GESTIÓN ADMINSITRATIVA como simple intermediaria, pues para ello, como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, era necesario que la parte actora cumpliera con su carga probatoria demostrando la prestación personal del servicio en favor de las EPS y CTA como se pide desde el libelo introductor.

En ese orden de ideas, no se acredita subordinación que permita en este puntual aspecto verificar condena alguna en contra de las demás accionadas.

Ahora bien, en lo que corresponde a la unidad de empresa, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 194 del C.S.T., subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 «*(…) Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.”*, advirtiendo que *“En el caso de las* ***personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente,*** *cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias […]»*

Conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, el efecto jurídico de su declaratoria, *«es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de*

prestaciones que sólo están a cargo de una empresa» (CSJ SL, 31 ago. 2010, rad. 32060, reiterada en sentencia SL6313 de 2016).

Así, en consonancia con la disposición enunciada, para que proceda la declaración de una unidad de empresa entre personas jurídicas deben concurrir dos elementos, a saber: i) las actividades que ejecuten o desarrollen las empresas deben ser similares, conexas o complementarias y ii) Debe estar acreditado el predominio económico de la sociedad principal sobre su filial o subsidiaria, a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados[1].

Sobre este segundo requisito, esto es, el predominio económico, se ha sostenido por la Corte que «*no se trata simplemente de un control societario sino de una interrelación de carácter económico y participación accionaria de la sociedad principal o matriz sobre las filiales o subsidiarias»*[2]. Al punto, dijo el Consejo de Estado en sentencia de la Sección Segunda del 8 marzo de 1994, rads. 5933 y 5934 (acumulados), -postura aceptada por la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6228 de 2016 M.P. Gerardo Botero Zuluaga-, lo siguiente:

> *«(…) no siempre que en una unidad de explotación económica tengan injerencia varias subordinadas, hay unidad de empresa con la matriz, pues mientras que la subordinación puede depender de un control financiero o administrativo sin predominio de capital, éste si es el factor determinante en la unidad de empresa*. ***Las subordinadas integrarán unidad empresarial con la matriz únicamente cuando ésta derive su control o dirección de su predominio económico*** *(….). Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria (…)* ***se requiere que aquella posea más del 50% del capital*** *y ello al tenor del artículo 261, numeral 1° del C. de Co. puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas»*. (Negrillas de la Sala.)

---

[1] "*A juicio de la Sala, es bien claro el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, en precisar que cuando la declaratoria de unidad de empresa ha de recaer sobre personas jurídicas, no basta la existencia de una unidad de explotación económica, y la ejecución de actividades similares, conexas, o complementarias, sino que además, la prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las subsidiarias o filiales, constituye otro ingrediente de inexorable concurrencia, para que así pueda declararse. Así por ejemplo en pronunciamiento de 2 de junio de 1994, se dejó dicho que:*
"La jurisprudencia ha señalado que cuando se trata de demostrar la unidad de empresa entre personas jurídicas es necesario evidenciar el predominio económico de una frente a las demás. \"...No basta que se den los elementos de similitud, conexidad o complementariedad para que se instrumente la unidad de empresa entratándose de personas jurídicas. Es necesario que exista un predominio económico de una frente a las otras. Pero ese predominio económico tiene que ser a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados\". (No. 6521).
La intelección de la Sala respecto del precepto legal mencionado, como en las sentencias 9095, de febrero 17 de 1997; 10956, de noviembre 3 de 1998; 13054, de 3 de abril de 2000, entre muchas otras, ha seguido idéntico derrotero al que se reprodujo(…)" Sentencia 16 de febrero de 2010 Radicado 35970, Corte Suprema de Justicia.

[2] Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL109-2018.

Valga precisar en este punto, que no pueden confundirse la figura de «*grupo empresarial*»[3], predicable en el ámbito comercial, con la «*unidad de empresa*» que regula el Código Sustantivo del Trabajo, pues el hecho de que se configure la primera no conlleva inexorablemente a la declaratoria de la segunda. Así lo concluyó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada, al señalar:

> *«no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral, que lo comprende tanto la* ***participación accionaria como el control financiero y administrativo entre las sociedades****, común y reciproco, que lleve a inferir que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante, además que todas ellas deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias».*

En ese sentido, quien pretenda la declaratoria de unidad de empresa, debe ocuparse de acreditar, además de la ejecución de actividades conexas, similares o complementarias, que la subordinación de las sociedades filiales respecto de la principal se deriva de un predominio de capital que se evidencia en la participación accionaria y en el control financiero y administrativo entre tales personas jurídicas.

Verificada la concurrencia de los presupuestos a los que se refiere el artículo 194 del C.S.T., hay lugar a declarar la unidad de empresa, lo que da lugar, como una de las consecuencias jurídicas de esta figura, que sobrevenga la responsabilidad solidaria de dichas sociedades sobre el pago de las acreencias que se causen a favor de los trabajadores.

Con el alcance ofrecido y revisado el elenco probatorio con el propósito de verificar la concurrencia de los presupuestos a que se refiere el artículo 194 del C.S.T. de las denominadas subordinadas respecto de la matriz, se encuentra que al plenario fueron incorporados los certificados de existencia y representación legal de la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO - IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA en liquidación (folios 28 a 92), SALUDCOOP E.P.S. en liquidación (folios 93 a 153), EFECTIVA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO (folios 195 a 198), IAC ACCIÓN

---

[3] En los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, habrá grupo empresarial cuando "además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección", señalando que "Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.".

Por su parte, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley en comento, establece que "Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria".

Y PROGRESSO (folios 199 a 201), CRUZ BLANCA EPS (folios 154 a 194) y CAFESALUD EPS (folios 32 a 92).

En el primero, se observa como objeto de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folio 32 vto.):

> *«El objeto principal de la Institución es incrementar y desarrollar el sector cooperativo, mediante el cumplimiento de actividades orientadas a proporcionar preferiblemente a los organismos competentes del sector cooperativo, el apoyo y ayuda necesarios para facilitar el mayor logro de sus propósitos económicos y sociales. Para tal efecto, la institución desarrollará su línea de actividades por medio de outsourcing, siendo su objeto la prestación de todos los servicios de gestión administrativa, comercial y jurídica que cualquier persona natural o jurídica requiera, y en especial la que las entidades promotoras de salud deben adelantar dentro del proceso de afiliación, recaudo, compensación, contratación, planeación y en general todas las actividades relacionadas con el desarrollo de la gestión que se requiera para garantizar la prestación del servicio público de seguridad social en salud a sus afiliados. ACTIVIDADES Para cumplir sus objetivos la institución podrá (…) 5. Prestar los servicios de digitalización y grabación de la información de cualquier entidad y en especial de las entidades promotoras de salud. 6. Prestar servicios de carnetización que requieren las entidades promotoras de salud. 7. Prestar servicios de seguimiento, control y gestión de cobranza y recaudo judicial y extrajudicial de cartera, proveniente de las obligaciones adquiridas por cualquier entidad y en especial por las EPS. 8. Realizar operaciones de asistencia técnica y apoyo logístico en área de servicios administrativos que requieran cualquier entidad y en especial las requeridas por entidades promotoras de salud. 9. Suministrar servicios especializados para liberar procesos administrativos de cualquier entidad y en especial los de las entidades promotoras de salud en las áreas operativas que correspondan a servicios administrativos. (…) 12. Ofrecer y prestar servicios en toda gestión y trámite administrativo del proceso integral de cuentas médicas que deben realizar las entidades promotoras de salud e instituciones prestadores de salud en el ejercicio de sus actividades. (…) 15. Prestación de servicios de consultoría y asesoría a cualquier entidad y en especial a las entidades promotoras de salud sobre los procesos de gestión relacionados con la atención al público y servicio. (…) 30. Prestar el servicio de auditoria de las distintas actividades que componen la actividad de aseguramiento y prestación de servicios que realizan las entidades promotoras de salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) 31. Desarrollar y ejecutar procesos que permitan verificar, controlar y revisar la conformidad de las operaciones en materia de afiliación, administración del régimen contributivo y subsidiado, administración del riesgo en salud de afiliados y sistema obligatorio de garantía de calidad del sistema general de seguridad social en salud que desarrollen y ejecuten las entidades promotoras de salud EPS y las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS. (…) 38. Prestar servicios relacionados con el funcionamiento y manejo de clínicas, centros médicos y en general de instituciones prestadores de salud (…)».*

Por su parte, el objeto de SALUDCOOP (folio 94 vto.) corresponde a:

> *«(…) tiene como objetivo del acuerdo cooperativo la afiliación y el registro de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en salud y el recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud a los afiliados y girar al fondo de solidaridad y garantía o percibir de este dentro de los términos previstos en las normas*

> *legales, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación, todo de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993 y en las demás normas legales que se adopten sobre el sistema general de seguridad social en salud. (…)».*

Y el de IAC ACCIÓN Y PROGRESSO (folio 199 vto.) es del siguiente tenor: «*Con el propósito de fortalecer la base social de las personas que pueden ser asociadas a PROGRESSA Entidad Cooperativa de Ahorro y Crédito, la Institución Auxiliar del Cooperativismo Acción y Progresso tiene como objeto social principal la compra y venta de bienes productivos o rentables, tales como acciones, cuotas de interés social, bonos y títulos valores, de entidades COOPERATIVAS o de naturaleza comercial que promuevan Saludcoop EPS OC y/o PROGRESSA, así como activos fijos muebles o inmuebles que permitan su explotación para generación de rentas o capitales».*

Por su parte el objeto de EFECTIVA CTA (folio 195 vto.) se concretó en los siguientes términos:

> *«La cooperativa tendrá como objeto la producción y comercialización de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios profesionales y/o técnicos de cualquier tipo, con la finalidad de generar y mantener trabajo para sus asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, ya sea con destino a sus asociados o a terceros. Para el cumplimiento de su objeto, la cooperativa podrá prestar a servicios a terceros o a la comunidad a general servicios de mercadeo, comerciales, de seguimiento, control y gestión de cobranza proveniente de todo tipo de obligaciones, así como ejecutar obras y producir bienes».*

Asimismo, el objeto social de CRUZ BLANCA EPS (folios 154 vto.), *«está constituido por las siguientes actividades: la ejecución de todos los actos y contratos propios de las entidades promotoras de salud pre vistos en la ley y en desarrollo del mismo podrá ejecutar y celebrar todo acto directamente relacionado con el objeto principal del mismo como entidad promotora ejercerá los siguientes actos: A- promover la afiliación de los habitantes de Colombia al sistema general de seguridad social en salud en su ámbito geográfico de influencia, bien sea a través del régimen contributivo o del régimen subsidiado, garantizando siempre, conforme las disposiciones legales, la libre escogencia del usuario y remitir al fondo de solidaridad y garantía la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios. B- Administrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles la enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención evitando en todo caso la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas en el sistema. C- Movilizar los recursos para el funcionamiento del sistema de seguridad social en salud mediante el recaudo de las cotizaciones por delegación del fondo de solidaridad y garantía; girar los excedentes*

entre los recaudos, la cotización y el valor de la unidad de pago por capitación a dicho fondo, o cobrar la diferencia en caso de ser negativa; y pagar los servicios de salud a los prestadores con los cuales tenga contrato. D- organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el plan obligatorio de salud […]».

Por su parte el objeto de CAFESALUD EPS (folio 33), es el siguiente:

> *«…la realización de todas las actividades propias dé una entidad promotora de salud dentro del marco y los requisitos establecidos en la ley. para ello, la entidad ejercerá las siguientes funciones: 1. promover la afiliación los habitantes de Colombia al sistema general de seguridad social en salud dentro de su ámbito geográfico de influencia, bien a través del régimen contributivo o del régimen subsidiado, garantizando siempre la libre escogencia del usuario y remitir al fondo, de solidaridad y garantía la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de los servicios. 2. administrar el riesgo en salud de sus A) afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, evitando en todo cago la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas en el sistema. 3. movilizar los recursos para el funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, mediante el recaudo de las cotizaciones por delegación del fondo de solidaridad y garantía; […]».*

Ahora, en el certificado de existencia y representación legal de SALUDCOOP, se constata además que «*por documento privado sin número de representante legal del 3 de julio de 2013, inscrito el 16 de julio de 2013 bajo el número 00012613 del libro III de las entidades sin ánimo de lucro, se comunicó que se ha configurado una situación de grupo empresarial por parte de la sociedad matriz SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO EN LIQUIDACIÓN*», respecto de varias sociedades subordinadas, dentro de las cuales, se encuentra únicamente la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

Adicionalmente, en el Certificado de Existencia y Representación Legal de IAC se inscribió la Resolución 125-015813 del 21 de octubre de 2011 expedida por la SuperSociedades (fl 771), en el que se aclara «*la situación de Control y de Grupo Empresarial, en el sentido de indicar que la Entidad Promotora de Salud de Organismo Cooperativo SALUDCOOP- SALUDCOOP E.P.S. en su calidad de matriz ejerce situación de control y grupo empresarial sobre la entidad de la referencias»*, esto es, IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

Conforme lo analizado y de la comparación de los textos citados, para la Sala, únicamente puede hablarse de una empresa principal y otra subsidiaria en el caso de SALUDCOOP EPS e IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, sociedades que desarrollan

actividades complementarias, no así respecto de las otras corporaciones, esto es IAC ACCIÓN Y PROGRESSO y CTA EFECTIVA, quienes además no hacer parte del grupo empresarial, no tienen actividades conexas o complementarias con SALUCOOP E.P.S, lo que permite concluir que entre estas y SALUDCOOP E.P.S no existe unidad de empresa, por cuanto no se satisface uno de los presupuestos a que se refiere la norma, y aun cuando se superara dicha circunstancia, lo cierto es que de ningún medio de convicción se puede extraer el predominio económico de SALUDCOOP E.P.S. respecto de estas, no solo porque no tiene participación social en las mismas (folios 203 a 209[4] y 367 a 391[5]) sino porque no es posible verificar el control financiero y administrativo que ejerce la aludida EPS sobre IAC ACCIÓN Y PROGRESSO y CTA EFECTIVA.

Sin embargo, frente a IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA y SALUDCOOP E.P.S., y como se explicó antes, aunque se encuentran configuradas bajo una situación de grupo empresarial, ésta sola circunstancia no da lugar a declarar la unidad de empresa pretendida, pues en los términos de la norma y la jurisprudencia reseñada debe acreditarse el predominio económico, comprendido, como se anotó, por la participación accionaria y el control financiero y administrativo entre las sociedades.

Esto último -control financiero y administrativo- puede derivarse de la situación de control que SALUDCOOP E.P.S. ejerce sobre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA según el certificado de existencia y representación legal y lo ordenado por la Superintendencia de Sociedades; empero, respecto a la participación accionaria que tiene SALUDCOOP EPS sobre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, bien directamente o a través de las filiales, y que debería ser superior al 50% (art. 261 del Código de Comercio), si bien al momento de la constitución de dicha Institución la participación de SALUDCOOP EPS correspondía al 70%, la cual se mantenía para el año 2011 -anualidad en la que se establece la situación de control por parte de la SUPERSOCIEDADES- según se lee a folio 771 en la que se destaca la intervención de SALUDCOOP en un porcentaje superior al 50% de la participación en el capital, lo cierto es que según lo consignado por la Superintendencia de Economía Solidaria en la parte considerativa del Acto Administrativo 20161400007565 de 14 de diciembre de 2016 «*por la cual se ordena la liquidación forzosa administrativa de la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación Voluntaria*» SALUDCOOP EPS fue retirada como asociada en virtud de la liquidación forzosa administrativa en la que está incursa esa entidad desde el 25 de noviembre de 2015 (folios 740 a 753). Puntualmente se dejó sentado en esa resolución:

[4] Acta de constitución de CTA EFECTIVA, en la que solo participaron 10 personas naturales.
[5] Constitución de IAC ACCIÓN Y PROGRESSO figura como única asociada y fundadora Cooperativa de los Empleados de Saludcoop, PROGRESSA.

> *«En uso de sus facultades legales, la Superintendencia Delegada para la supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa Solidaria ordenó según oficio 20163100108921 del 14 de junio de 2016, una visita de inspección , motivada por la solicitud radicada bajo el No. 20164400140092 de fecha 31 de mayo de 2016, suscrita por la representante legal de la fecha, quien informa sobre el retiro de dos de los tres asociados IAC Acción y Progresso y Efectiva CTA, que conforman la organización solidaria Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa* ***y el retiro forzoso de la EPS SALUDCOOP por encontrarse adelantando un proceso de liquidación forzosa administrativa»*** (Negrillas de la Sala).

Al punto, debe considerarse que conforme el artículo 12 del estatuto de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA (folios 211 a 239) el carácter de asociado de la organización se pierde entre otras causas «***por retiro forzoso»*** (folio 217).

En tal sentido, actualmente no puede concluirse que existe un predominio económico de SALUCOOP EPS respecto de IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA pues con la pérdida de su calidad de asociado se eliminó su participación social y, por ende, el predominio económico que ejercía la primera respecto de la segunda.

Así, aunque pudo existir en algún momento la unidad de empresa entre esas dos personas jurídicas, actualmente no puede entenderse configurada la misma.

Valga decir, ningún otro elemento indicativo de predominio económico que detentara una de aquellas sobre la otra, emerge del examen cuidadoso de los demás elementos de juicio incorporados al plenario, y ninguno de ellos sugiere un nexo jurídico de este orden entre estas dos personas jurídicas convocadas a la litis. Tal ausencia demostrativa, impide que se declare la unidad de empresa por ser este el elemento determinante para la configuración de esta figura y de ahí que, no puedan atenderse los argumentos expuestos en tal sentido por la parte actora, tanto en la alzada como en los alegatos presentados en esta instancia.

Finalmente, en lo que refiere a la solidaridad rebatida por SALUDCOOP en torno a la condena impuesta de forma subsidiaria por la a quo, debe recordar la Sala que es una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas al obligado solidario las deudas insolutas, prestacionales o indemnizatorias, en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante una insolvencia económica por parte del contratista.

Como ya se mencionó, el artículo 34 del CST dispone:

> *«10) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en*

> *beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.* ***Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra****, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio,* ***será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores,*** *solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*
>
> *2o)* ***El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores****, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas*» (Subrayas fuera de texto).

Precepto legal, modulado e interpretado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el entendido que esta solidaridad no se predica únicamente, cuando se constata una identidad con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL 2262 de 2018, en la que hace alusión a la del 5 de febrero de 2014, radicación 38651:

> *«En efecto, de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que no se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del CST, es preciso que las tareas coincidan con las labores normales del dueño de la obra.*
>
> *"En sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 38651, se dijo sobre el particular:*
>
> *"[…] para que esa solidaridad se configure,* ***no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico»***. (Negrillas ajenas al texto original).

De la norma se establece la solidaridad entre el contratista (empleador) y el beneficiario o el dueño de la obra con relación a las obligaciones laborales, y cuando hace referencia al dueño de la obra no efectúa distinción alguna acerca de la naturaleza jurídica de este, por tanto, el artículo en mención se aplica tanto a las personas de derecho privado como

a las personas de derecho público cuando contratan la ejecución de una obra con una persona jurídica o natural del sector privado.

En claro lo precedente se tiene que en el *sub-lite* la *EPS SALUDCOOP* suscribió el contrato DNC-SC-0379-2014 con la empresa IAC *Gestión Administrativa,* para el desarrollo de las actividades que se aduce en el contrato aparecen en el Anexo No 1 (Fls. 553 a 571), siendo patente que con fundamento en el mismo el demandante desarrolló las actividades de *CONSULTOR DE ATENCIÓN AL USUARIO*.
De otra parte, tal como se indicó con suficiencia, la *EPS SALUDCOOP* tiene por objeto la afiliación y registro de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y el recaudo de sus cotizaciones, así como organizar y garantizar, directa o indirectamente la prestación del PBS a sus afiliados; mientras que *AIC Gestión Administrativa En Liquidación,* tiene por objeto el cumplimiento de actividades orientadas a proporcionar preferentemente a los organismos del sector cooperativo el apoyo y ayuda necesarios para facilitar el mejor logro de sus propósitos económicos y sociales, prestando como *outsourcing* los servicios de gestión administrativa, comercial y jurídica que se requiera.

Así las cosas, si bien es cierto que el objeto social de ambas entidades es aparentemente disímil, también lo es que los servicios administrativos que fueren prestados por *IAC Gestión Administrativa* En Liquidación a la *EPS SALUDCOOP*, resultaban indispensables para que la primera desarrollara su objeto social; puntualmente, respecto al cargo desarrollado por el demandante como *CONSULTOR DE ATENCIÓN AL USUARIO*, resulta fehaciente que la *EPS SALUDCOOP* no podría desarrollar la actividad garantizar la prestación del Plan de Obligatorio de Salud a sus afiliados, sin contar para ello con un área de atención a sus usuarios, tales como el registro de afiliaciones, trámite de cartera, portabilidad y movilidad de los usuarios.

Bajo este hilo conductor, las actividades desarrolladas por el contratista y particularmente del hoy demandante, no resultan ajenas al giro normal de las actividades desarrolladas por la contratante *EPS SALUDCOOP*, quien fuere beneficiaria de dichas labores, de ahí que sea viable la condena impartida, pero por estas precisas razones.

Finalmente, en lo que respecta al reparo formulado en la alzada frente a la calidad de matriz y subordinada que se predica de las entidades hoy convocadas a juicio, basta indicar que, con ocasión de lo indicado en precedencia, resulta innecesario realizar un pronunciamiento sobre el particular, por cuanto en el presente proceso la solidaridad laboral se fundamenta en el artículo 34 del C.S.T, y por ende dicho supuesto de facto no la enerva ni desvirtúa.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, pero por las precisas razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUIS ERNESTO PRADA PEREZ contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-035-2020-00052-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las accionadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de mayo de 2021. De igual modo, revisarla en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **LUIS ERNESTO PRADA PEREZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la nulidad del traslado con la AFP PORVENIR S.A toda vez que en la etapa contractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de un sistema de pensiones y otro y en especial de su situación personal y concreta; que como consecuencia de esta declaratoria, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a afiliarlo al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automático. Se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y a lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se trasladó del RPMPD al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir, el día 12 de noviembre de 1999. Señaló que el asesor comercial no le brindó información clara

completa y oportuna acerca de la ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el del RAIS, en especial no le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de Régimen Pensional. Indicó que nació el 01 de mayo de 1958 y es la AFP PORVENIR quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecer información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo. Que la AFP PORVENIR le realizó una simulación pensional dentro de su plan de vida cotizando el 100% del tiempo en la cual proyectó el valor de su mesada pensional teniendo 62 años de edad, esto fue para el año 2020, arrojando como resultado que el valor de su mesada pensional fue de $828.116, mientras que en el RPMPD administrado por COLPENSIONES con la proyección a sus 62 años obtendría una mesada pensional mensual de $1.724.119.24. Explicó que comparando las simulaciones pensionales en los dos regímenes se pudo evidenciar como su mesada pensional fue ostensiblemente superior en el RPMPD administrado por COLPENSIONES. Que sumadas las semanas cotizadas y proyectadas al Sistema General de Pensiones estas fueron desde el 03 de octubre de 1985 hasta el 10 de julio de 2018 y arrojo un total de 1.300 semanas, es decir, 25 años 3 meses y 11 semanas cotizadas. Adujo haber agotado la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 18 de octubre de 2019 donde solicitó la ineficacia del traslado efectuado por PORVENIR S.A., lo cual fue negado el 19 de octubre de 2019 (Exp. Digital: 01 - 2020-00052.pdf. Pág. 3 a 9)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, toda vez que dentro del proceso no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrido en error, es decir, falta al deber de información por parte de la AFP o de que se estuvo en presencia de alguno de los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo); así mismo, como no se evidenció dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que le permitiera inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del accionante, al contrario se observó que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Formuló como excepciones de mérito

las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 03. 2020-00052 CONTESTACION COLPENSIONES.pdf Pág. 2 a 28).

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que, la afiliación hecha en el año 1999 fue producto de una decisión libre, espontanea, voluntaria e informada tal como se apreció en el formulario de la solicitud de vinculación del documento público en el que se observó la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993, documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y en el parágrafo del artículo 54ª del CPT. Sin perjuicio de lo anterior, no es procedente declarar la ineficacia de que trato el artículo 271 de la ley 100 de 1993 por cuanto la afiliación queda sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad Social o actuaciones dolosas, las cuales ni se alegaron ni se acreditaron respecto de la afiliación de la parte accionante al RAIS. Adujo que al no proceder la nulidad ni la ineficacia del traslado no es posible regresar las cosas a su estado anterior, por cuanto realizó aportes de manera voluntaria y continuó por más de 20 años en el RAIS, sin mostrar inconformidad alguna y solo después de presentar una solicitud que le fue negada, alegó una supuesta nulidad de la decisión que tomó en el año 1999, por lo cual no existen vicios en el consentimiento que pudieran probar la nulidad que afirma que se presentó en el RAIS. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «genérica». (Expediente digital: Doc09. CONT PORVENIR 2020-052 J35 BOG LUIS ERNESTO PRADA PEREZ_ Pág. 1 a 23).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de mayo de 2021; declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS mediante PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello ordenó trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a pagar con su patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión del actor por los gastos de administración conforme al tiempo que este permaneció afiliado. Condeno a COLPENSIONES a volver a afiliar al accionante al RPMPD y a

recibir todos los aportes que este hubiese efectuado a PORVENIR. Condenó en costas a PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que el afiliado haya recibido una información amplia y completa sobre las implicaciones de su decisión. En ese orden, señaló que, conforme al Código Civil, el consentimiento del actor se vio afectado por el dolo, dado que la AFP debió actuar si quiera con la mínima diligencia posible, máxime cuando su función no solo es administrar correctamente sus negocios sino también brindar a los afiliados toda la información que se requiera para que su consentimiento no sea viciado. Indico que cuando se trata de estas situaciones en primer lugar el Fondo Privado debe demostrar que brindó la información necesaria para tomar la decisión más favorable y optar por el régimen más favorable. Mencionó que, en el caso concreto el simple interrogatorio no era suficiente para saber si se le otorgó una buena información y que la AFP debía tener todos los soportes en la carpeta del cotizante, de modo que no se demostró el deber de información en los términos indicados.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A** interpuso recurso de apelación argumentando que no se valoró el consentimiento informado para su libre escogencia, el cual se materializó con la escogencia de la solicitud del formulario de afiliación, documento público que en ningún momento fue tachado o alterado por parte del accionante, donde expresó que hizo constar de forma libre y sin presiones la escogencia del RAIS, entre otros factores como lo exige el artículo 114 de la ley 100 de 1993, es decir, no se trató de una simple declaración libre y vacía en el formato de afiliación sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la parte de la firma del accionante, quien se presume que es una persona capaz para contraer obligaciones; que resulta incuestionable e inocultable que se le garantizó el derecho de retracto, pues así lo dispuso el artículo 13 del Decreto 1161 de 1994, además de la declaratoria de ineficacia del traslado entre regímenes, se desconoció el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que contó el accionante definido en sentencia C-349 del 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones siempre que se respeten el orden público y las buenas costumbres.

Manifestó que tampoco procede la condena por gastos de administración, pues según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el RPMPD se destina un 3% de las cotizaciones para gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia pues dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos al fenómeno prescriptivo; igualmente merecía atención el hecho de ordenar el traslado de los gastos de administración a COLPENSIONES pues se configura enriquecimiento sin causa en su favor, en atención a que no existe norma que exija tal devolución dado que sólo debe ser trasladado al momento del cambio de régimen el saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, pues tales gastos no están destinados a financiar la prestación del afiliado y no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación por la gestión para incrementar el capital de la cuenta individual del afiliado, por lo tanto ordenar tal condena por estas sumas, es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presentan esos amparos se le reintegre el valor de la póliza. En ese orden, sostuvo que no procede tal pretensión ya que al ordenarla se debe condenar al accionante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en la cuenta de ahorro individual, tratándose de restituciones mutuas, que es uno de los efectos jurídicos para la nulidad de un acto jurídico, en tanto la parte recibió los frutos de la relación contractual declarada nula, también está en la obligación de restituirlo, de lo contrario genera un enriquecimiento sin causa.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES,** interpuso recurso de apelación contra la providencia proferida solicitando que se revoque y se le absuelva, precisando que la seguridad social es un derecho autónomo y las normas señaladas en la ley 100 de 1993 regulan íntegramente el acto de afiliación de un régimen pensional, las competencias y las sanciones en caso de infracción a la libertad de elección de un régimen pensional. Señaló que el artículo 71 contempla cuales serían las consecuencias jurídicas de declarar la ineficacia de un traslado que se dé por deficiencia del deber de información, por lo tanto, debe sujetarse a ese artículo cualquier decisión frente al caso. manifestó cualquier daño que se le se ocasione al afiliado por incumplimiento de los deberes de la AFP o de sus funcionarios debe ser resarcido conforme a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994, ya que COLPENSIONES fue ajena al acto de afiliación del accionante y al deber de información a cargo de la AFP a la luz de las normas vigentes al momento del traslado. Por otro lado, señaló que aceptar el retorno del demandante al RPMPD injustificadamente es contrario con la perspectiva social y la equidad y se abandona el valor de justicia material al permitir que personas que no fueron solidarias o no

contribuyeron al fondo común entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otras personas y no por ellas mismas, tal como se indican en la sentencia SU-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 del 2013, donde se manifiesta que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a ese esquema, dado que habría una descapitalización del sistema. Agregó que el demandante no puede ser considerado un afiliado, máxime cuando manifestó en el interrogatorio de parte, de acuerdo a su formación profesional conocer y entender cada uno de los señalamientos efectuados por el fondo o por el asesor del fondo del RAIS, por tanto no puede pretender una persona totalmente capacitada que laboró en el sector financiero, que tuvo estudios y especializaciones en auditorias presupuestables y contables y financieras de entidades del Estado, alegar desconocimientos de la norma máxime cuando los aportes que realizó no le generaron los rendimientos que esperaba y que pretende en este momento afectar los derechos de los demás afiliados al RPMPD.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada y la respectiva contestación a la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su turno, la parte actora allegó alegaciones de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo introductorio del proceso.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266,

STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 10 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 01 de mayo de 1958, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 18 de octubre de 2019 (fl. 14 y 15), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 323,42 semanas cotizadas en el ISS (fl. 20), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 12 de noviembre de 1999, según información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR (Exp. Digital: *«09. CONT PORVENIR 2020-052 J35 BOG LUIS ERNESTO PRADA PEREZ.pdf*» Pág. 60).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de

manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (12 de noviembre de 1999), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio, la parte accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ*

SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

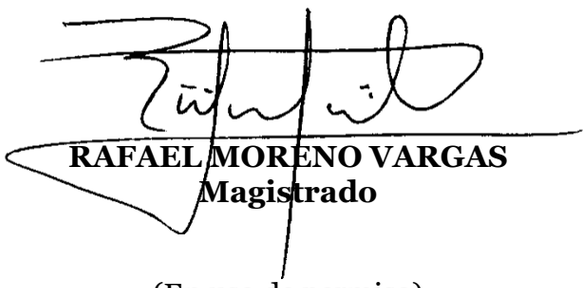
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia.

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

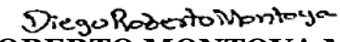
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTHA PATRICIA MEDINA RODRIGUEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-035-2019-00479-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR, PROTECCION S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de junio de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA PATRICIA MEDINA RODRIGUEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR, así como sus vinculaciones a las AFP OLD MUTUAL y PROTECCIÓN S.A., por cuanto existió un vicio en su consentimiento. En consecuencia, se condene a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas que obren en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los bonos, aportes, rendimientos y comisiones. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral de la demandante, con el fin de reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del primero (1) de febrero de 2019. Finalmente, se condene

a las demandadas a lo ultra y extra petita, así como a pagar las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 03 de abril de 1960 y cotizó 770.86 semanas en el Instituto de Seguros Sociales y 152.5 a la FOMAG-FIDUPREVISORA. Explicó que en el mes de febrero de 2001 se afilió al Régimen de Ahorro Individual, mediante la AFP PORVENIR, entidad que no le informó sobre la naturaleza de ese régimen, ni las desventajas del mismo. Mencionó que estuvo vinculada a la AFP OLD MUTUAL desde noviembre de 2007 hasta mayo de 2009, cuando se afilió a la AFP PROTECCIÓN, no obstante, ninguna de las entidades le explicó las implicaciones de su decisión, ni le realizó una proyección pensional. Expresó que contrató una asesoría particular, percatándose de que fue engañada por los fondos privados, por lo que procedió a solicitar ante PROTECCIÓN, PORVENIR, OLD MUTUAL y COLPENSIONES la nulidad de la afiliación al RAIS, sin embargo, todas las entidades negaron su pedimento por improcedente. Añadió que el 08 de febrero de 2019 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue negada (Fls. 3 a 39).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS, tiene plena validez, por cuanto cotizó de manera libre, voluntaria y espontanea a los fondos privados. Adujo que no obra prueba de la existencia del vicio alegado por la demandante. Arguyó que la actora tenía a su cargo obligaciones, tales como la de informarse sobre las consecuencias del traslado, máxime cuando se trata de una información pública, por lo que concluyó que se trata de un error de derecho que no vicia el consentimiento, conforme con el artículo 1509 del Código Civil. Formuló como excepciones de mérito las de «Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual», «Cobro de lo no debido», «Falta de causa para pedir», «Inexistencia del derecho reclamado», «Prescripción», «Buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 155 a 159).

La **AFP OLD MUTUAL S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación de la demandante tiene plena validez, dado que fue un acto voluntario sin vicios en el consentimiento. Manifestó que la elección de régimen de la demandante fue libre y

voluntaria, y en señal de ello, suscribió el formulario de afiliación al fondo, cumpliendo lo previsto en el Decreto 1642 de 1995. Indicó que la afiliación de la demandante provino de otro fondo privado, por lo que ya conocía las características y el funcionamiento del RAIS. Adujo que cumplió con todos los parámetros legales a la hora de brindar información a la demandante, precisando que fue cierta, suficiente y oportuna. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «Buena fe», «pago» y «genérica» (Fls. 170 a 179).

Por su parte, la demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.,** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal fin, que la afiliación de la demandante fue valida, existente y exenta de vicios del consentimiento, por lo que aquella suscribió el formulario de afiliación, conforme con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Explicó que la afiliación de la actora fue libre y espontánea, solemnizándose por medio de su firma en el formulario y creando derechos y deberes en cabeza de ambas partes. Argumentó que no es procedente pretender la nulidad de la afiliación, fundándose en el hecho de que las expectativas económicas de la demandante no se cumplieron, puesto que la forma de liquidar la pensión de vejez en el RAIS fue dispuesta en la ley. Agregó que la demandante está inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo, formuló las de «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y Del Sistema General De Pensiones» e «Innominada o genérica» (fls. 210 a 225).

Finalmente, la **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el traslado de régimen pensional de la demandante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como lo aceptó al suscribir el formulario de afiliación, documento que se presume autentico conforme con los artículos 243 y 244 del CGP. Resaltó que la accionante estuvo afiliada al RAIS durante más de 18 años y nunca manifestó una inconformidad, por el contrario, realizó el pago de sus aportes a los diferentes fondos privados. Indicó que tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto, no existió un acto doloso que impidiera o atentara la afiliación de la demandante. Argumentó que siempre le garantizó el derecho de retracto a la actora, dado que el 14 de enero de 2004 publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa informando a los afiliados la posibilidad para trasladarse entre regímenes. Añadió que la demandante

desconoce la prohibición de traslado del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Fls. 286 a 306).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 15 de junio de 2021 declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, mediante la AFP PORVENIR S.A., en consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, rendimientos financieros, frutos e intereses de la actora. Igualmente, condenó a las AFP´S PORVENIR, OLD MUTUAL y PROTECCIÓN S.A., a pagar con su propio patrimonio los gastos de administración descontados a la accionante durante el tiempo de su afiliación. Condenó a COLPENSIONES a afiliar a la demandante y a recibir todos los aportes que le sean trasladados. Finalmente, condenó en costas a la demandada PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que, que la accionante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, mediante PORVENIR S.A., en el mes de febrero de 2001, por lo que le correspondía a dicho fondo demostrar que brindó la información clara, suficiente y oportuna al momento del traslado. Explicó que corresponde a un supuesto negativo la afirmación del afiliado de no haber recibido la información debida al momento de su afiliación, operando la inversión de la carga de la prueba, de allí que es obligación de la entidad demostrar que cumplió su obligación, valiéndose de los medios probatorios idóneos para acreditar que, al momento del traslado de régimen, el afiliado contaba con los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente. Resaltó que las administradoras de fondos de pensiones son entidades profesionales y expertas en el tema, por lo que deben brindar a sus afiliados la información clara y suficiente, incluyendo los beneficios y desventajas del cambio de régimen, atendiendo las condiciones propias de cada caso. En ese orden, encontró que PORVENIR S.A., no probó que le brindó información a la demandante en los términos señalados. Precisó que para que se configure la ineficacia del traslado, es necesario que la falta de información haya generado una lesión injustificada en el derecho pensional de la actora, encontrando que según la proyección pensional hecha por la AFP PROTECCIÓN, el valor de la mesada pensional que recibiría en el RPMPD supera el que le correspondería en el RAIS. Manifestó que, de acuerdo a la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral

de la CSJ, se deben aplicar los efectos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. De otro lado, consideró que no procede el reconocimiento pensional, teniendo en cuenta que COLPENSIONES negó la prestación cuando la demandante estaba afiliada al RAIS, por ende, no tenía sus aportes, sin embargo, las circunstancias cambiaron y es dable que la entidad analice si con los aportes trasladados, procede el reconocimiento de la pensión de vejez.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **DEMANDANTE**, presentó recurso de apelación parcial, solicitando se reconozca la pensión de vejez, teniendo en cuenta que los efectos de la ineficacia causan que las cosas vuelvan al estado inicial, como si la actora nunca se hubiera afiliado al RAIS. Aseveró que es procedente dar aplicación al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la demandante ya cumplió con los requisitos para adquirir la pensión, por cuanto, es mayor de 57 años y cotizó 1.836 semanas. Resaltó que se allegó el certificado laboral de la Secretaría de Educación del Distrito en la que consta que la demandante laboró allí desde el 14 de mayo de 1996 hasta el 19 de enero de 2001, aunado a que se reportó su retiró del Sistema General de Pensiones. Recordó que solicitó el reconocimiento de la pensión ante COLPENSIONES, cumpliendo todos los requisitos para ello. Añadió que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que cuando el afiliado cumple todos los requisitos para alcanzar el derecho pensional y cesó las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, la pensión debe ser reconocida a partir del día siguiente.

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR**, presentó recurso de apelación, argumentando que la demandante firmó el formulario de afiliación de forma libre, espontánea y voluntaria, documento en el que indicó que conocía las implicaciones de su decisión y que había sido debidamente asesorada. Arguyó que, pese a que el A quo declaró la ineficacia del traslado en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se probó ningún acto doloso en contra del derecho de afiliación, sino que, por el contrario, el asesor del fondo le indicó a la actora una alternativa a la crisis económica que estaba viviendo el ISS. Manifestó que los actos de relacionamiento y los formularios de afiliación firmados por la demandante, dan cuenta de su voluntad de querer permanecer en el RAIS. Aseguró que el A quo debió indicar entonces cuales eran los medios de prueba idóneos para demostrar el cumplimiento del deber de información. Expresó que no existió detrimento en la afiliación de la demandante, contrario sensu, recibió rendimientos financieros por los aportes que efectuó. Agregó que los gastos de administración son descuentos

autorizados por la ley y están llamados a prescribir, por cuanto no son emolumentos del afiliado.

Igualmente, la **AFP PROTECCION S.A.,** presentó recurso de apelación parcial, en torno a la devolución de los gastos de administración, argumentando que son descuentos legales, exequibles, vigentes y autorizados en ambos regímenes pensionales. Recordó que los descuentos por gastos de administración no tienen la vocación de financiar la mesada pensional, por lo que se depositan en cuentas aparte y se sustentan en los rendimientos que generó la AFP a favor de la demandante. Señaló que, si la consecuencia de la ineficacia es que todo se retrotrae, es necesario que se apliquen las restituciones mutuas. Afirmó que COLPENSIONES incurre en un enriquecimiento sin justa causa porque recibe los rendimientos financieros que son fruto de la gestión que realizó la AFP, junto con los gastos de administración, que corresponden a la contraprestación de su labor. Expresó que la gestión de la AFP no generó perjuicio alguno a la demandante, sino que le produjo un rendimiento del 113% respecto de lo que aquella aportó. Respecto de la devolución de sumas adicionales, supuso que se trata de las cuotas previsionales, explicando que son las sumas que se trasladaron a la aseguradora para cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte de la accionante. Expresó que las cuotas previsionales hacen parte de los gastos de administración y que no están en poder del fondo porque se trasladaron a la aseguradora, quien obra como un tercero de buena fe. Solicitó que se declare probada la excepción de prescripción respecto de los gastos de administración y seguros previsionales, teniendo en cuenta que no tienen la vocación de financiar la pensión.

Finalmente, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, argumentando que no se tuvieron en cuenta todos los presupuestos dispuestos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma a la cual debe sujetarse íntegramente la declaratoria de ineficacia de la afiliación, violando el principio de inescindibilidad. Manifestó que cualquier daño causado por el fondo privado a la demandante, debe ser resarcido por aquel, en atención a lo dispuesto Decreto 720 de 1994, vigente al momento del traslado de régimen. Resaltó que COLPENSIONES es ajena al traslado de régimen y al deber de información de la AFP para ese momento, puesto que no existía la obligación de brindar doble asesoría. Arguyó que la Corte Constitucional ha resaltado que nadie puede ser subsidiado a costa de los recursos ahorrados por los afiliados al RPMPD, por cuando el sistema se descapitalizaría y la sostenibilidad financiera estaría en riesgo, afectando el derecho pensional de los demás afiliados. Adujo que no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento por parte de

la demandante, máxime cuando la demandante manifestó que se trasladó tras 6 o 10 asesorías individuales. Aseveró que la demandante no puede alegar el desconocimiento de la norma, acogiéndose a un criterio jurisprudencial sólo porque no está satisfecha con los rendimientos de sus aportes, lo cual causa una afectación a las personas que sí han estado afiliadas al RPMPD. De otro lado, solicitó que, en caso de confirmar la sentencia, se autorice a COLPENSIONES a obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le ocasionen por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin los recursos dispuestos para tal fin.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la

Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 40 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 03 de abril de 1960, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR, OLD MUTUAL, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, el 11 de septiembre de 2018, el 12 de septiembre de 2018 y el 10 de enero de 2019, respectivamente (fl. 62, 65, 68 y 71), es decir, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 578,15 semanas cotizadas al RPMPD (fls. 42 a 44), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 05 de febrero de 2001, según información registrada el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (fl.59).

---

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que

guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (05 de febrero de 2001, Fl. 59), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (05 de febrero 2001, fl. 59), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una

consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que la parte actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse

en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

PENSIÓN DE VEJEZ

De otro lado, respecto a la apelación presentada por activa, esto es, el reconocimiento pensional deprecado, se tiene que al permanecer vigente la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es dable concluir que, de conformidad con la historia laboral aportada por la AFP PROTECCIÓN S.A., la accionante reporta para el mes de enero de 2019, fecha de su última cotización (fl. 249), un total de 1.677 semanas; de igual manera al haber nacido el 03 de abril de 1960, arribó a 57 años de edad el mismo día mes del año 2017, cumpliendo así los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de conformidad con lo regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, normativa que regula en lo pertinente:

> *«ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. 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».*

Ahora bien, determinada la legalidad del reconocimiento pensional, debe advertirse que, en el presente asunto, como lo resaltó el a quo, cuando realizó la petición a COLPENSIONES aparentemente estaba vinculada al RAIS, empero como ya se dijo desde el nacimiento del acto de afiliación fue ineficaz, lo que permite inferir que COLPENSIONES si puede reconocer la prestación si se dan los presupuestos para ello. En tal medida, considera la Sala que en estos particulares casos se debe ceder a la formalidad por el respeto y garantía de los derechos y principios que rigen la seguridad social, y ante el evento de la clara configuración de los requisitos pensionales debe reconocerse la prestación, solución que resulta ser más benéfica no solo a la parte actora sino al mismo ente de seguridad social demandado, pues

evita a los sujetos procesales y al Estado un desgaste innecesario en sede administrativa y luego, eventualmente, judicial, con los mayores costos que ello implica y además sacrifica el derecho fundamental pensional de alguien que ya no está activo laboralmente, al menos desde el mes de enero del año 2019, dejándolo entonces en una eventual situación de indefensión absoluta pues no puede entrar a disfrutar de un derecho que ya adquirió y con el cual, en el contexto descrito, resulta necesario proteger pues con él se garantiza la subsistencia no sólo de la aquí demandante sino de su núcleo familiar en condiciones dignas, pues es claro que de dicha prestación es que van a derivar su congrua subsistencia.

Recuérdese que es obligación del juez garantizar y salvaguardar los derechos fundamentales en los términos del artículo 48 del C.P.T. y de la S.S., por lo que evidenciada la configuración de un derecho sustancial de naturaleza irrenunciable en los términos del artículo 48 constitucional, no puede simplemente el funcionario apegarse a una solución formal obviando el cumplimiento de los requisitos sustanciales para acceder a la pensión de vejez, pues actuar de dicha forma es desconocer de manera clara los principios que rigen la seguridad social que exigen actuar con eficiencia en forma universal y de forma solidaria, por lo que someter el debate sobre el reconocimiento pensional a una nueva instancia administrativa en la que el reclamo frente al derecho ya se encuentra agotado, redundaría en perjuicio de los derechos del afiliado y de la propia entidad.

Además, acoger esta tesis, no solo resulta favorable a la parte actora en garantía de su derecho sustancial, también resulta favorable para la entidad quien también obviara el estudio en sede administrativa, y claramente da lugar a la absolución de derechos conexos como lo son los intereses moratorios, pues no puede deprecarse mora en el pago de las mesadas pensionales cuando se configuró el derecho en curso del presente proceso, pues bien puede ocurrir que la actora haya dejado de laborar en el transcurso del mismo, o por ejemplo que se haya omitido la novedad de retiro pero en la realidad ya haya dejado de efectuar cotizaciones por no estar laborando.

Además, como argumento de refuerzo, se advierte que la parte actora de forma clara y expresa también solicitó la prestación en el libelo introductorio como pretensión principal, razón por la que la entidad sí tuvo los elementos de juicio necesarios para pronunciarse frente a tal petición, sin que eventualmente pueda señalarse que se vio sorprendida.

En ese sentido, la prestación deberá reconocerse por COLPENSIONES, una vez la AFP PROTECCIÓN traslade los aportes pensionales objeto del traslado indicado, teniendo como fecha de disfrute, el día siguiente de su última cotización, calculando el IBL de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y la tasa de reemplazo con fundamento en el artículo 34 ibídem.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliado a dicho Fondo, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, que siendo hoy Colpensiones la única administradora del mismo, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime cuando la afiliación, que es una sola, se dio ante el ISS, hoy COLPENSIONES.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se adicionará la decisión de primer grado, respecto del reconocimiento pensional y se confirmará en todo lo demás. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de vejez a la demandante, **MARTHA PATRICIA MEDINA RODRIGUEZ** una vez la AFP PROTECCIÓN traslade los aportes pensionales de la demandante, teniendo como fecha de disfrute el día siguiente a la última cotización efectuada, calculando el IBL de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y la tasa de reemplazo con fundamento en el artículo 34 ibídem.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por SONIA GLADYS MORALES SILVA contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-035-2019-00140-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 26 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **SONIA GLADYS MORALES SILVA** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual-RAIS hacia la AFP PORVENIR S.A. y posteriormente a OLD MUTUAL y en consecuencia se declare que debe estar afiliada al RPMPD. Que se condene a PORVENIR S.A. al traslado de los aportes cotizados en COLPENSIONES; a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrarla como afiliada sin solución de continuidad desde el 29 de marzo de 1994. Que se condene en costas a todas las entidades demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó haberse afiliado al Instituto de Seguros Sociales –ISS, hoy en día COLPENSIONES, desde el 29 de marzo de 1994 y aportó para el Sistema General de Pensiones previo traslado al RAIS un total de 176,43 semanas. Posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. el día 15 de agosto de 1997. Explico que el funcionario de PORVENIR S.A. cuando brindó la asesoría para la vinculación a dicha administradora de pensiones no le informó

que el valor de su mesada pensional sería menor a la que recibiría en el ISS, hoy COLPENSIONES. Manifestó que el funcionario de PORVENIR S.A., no elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de la mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional. Seguido de ello, PORVENIR S.A., a través de sus funcionarios utilizo como argumentos de venta que «*no se iba a poder pensionar porque el ISS se iba a acabar»,* añadido a ello le indicó que se podía pensionar a cualquier edad sin explicarle la afectación que aquello tendría sobre su mesada pensional y sobre el bono pensional, tampoco le informó sobre las ventajas y desventajas de trasladarse al RAIS. Sumado a ello, el funcionario de PORVENIR S.A., le entregó la información de la afiliación de forma sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y recibir la comisión correspondiente. Con base a la información que le suministraron, suscribió el formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A. Mencionó que cumplió los 47 años de edad el día 2 de octubre de 2007 estando afiliada a OLD MUTUAL, no obstante, nunca recibió de esta administradora una asesoría donde se le informara acerca de la oportunidad de regresar al RPMPD hasta antes de los 47 años, ni de la prohibición legal de efectuar un traslado de régimen una vez cumplida esta edad; actualmente cuenta con más de 1.096 semanas cotizadas en el ISS. Manifestó que el día 6 de diciembre de 2018 envió un derecho de petición a PORVENIR S.A., solicitando la invalidación de su afiliación, así como ante COLPENSIONES el día 6 de diciembre de 2018. Solicitudes que fueron decididas de forma negativa (Exp. Digital: Doc01 - 2019-00140-00 PARTE 1 Págs. 7 a 11.)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas incoadas en su contra, teniendo en cuenta que el actor no tiene derecho a la nulidad solicitada pues la afiliación cuenta con validez en cuanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas a dicho fondo de manera voluntaria libre y espontánea, además no obra soporte en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento que se alega. Formuló como excepciones de mérito las de «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica». (Fls Exp Dig Doc01 - 2019-00140-00 PARTE 1 Págs. 179 a 181).

La **AFP OLD MUTUAL S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que en una de sus pretensiones está dirigida a una persona que no representa, precisó que el 18 de julio del 2000 la accionante suscribió formulario de afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS como traslado de la AFP PORVENIR S.A., afiliación que se hizo efectiva el 01 de noviembre del 2000 hasta el 30 de septiembre de 2011. A la fecha se encuentra desvinculada de OLD MUTUAL debido a que por su solicitud se realizó traslado a COLFONDOS haciéndose efectivo su traslado el día 10 de octubre de 2011. Manifestó que de acuerdo con la ley la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones fue libre y voluntaria por lo que, en tal sentido, al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones del régimen conforme lo dispuso la ley 100 de 1993, más aún cuando el traslado a SKANDIA hoy OLD MUTUAL provino de PORVENIR S.A. y no del RPMPD. Así las cosas, el traslado de una AFP es un acto voluntario del ciudadano con el fondo el cual debió estar sujeto a un acuerdo de voluntades que estuvo regido por el artículo 1495 del código civil. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe», «pago» y «genérica» (Exp. Digital Doc01 - 2019-00140-00 PARTE 1 Págs. 203 a 207 y 219 a 221.)

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que el traslado al RAIS el 15 de agosto de 1997 proveniente de COLPENSIONES y posteriores traslados a OLD MUTUAL, COLFONDOS y nuevamente PORVENIR, fueron efectuaos suministrando la información requerida sobre las características, ventas, desventajas y diferencias de los dos regímenes pensionales creados por el Sistema General de Pensiones de la ley 100 de 1993; reitero que el traslado al RAIS el 15 de agosto de 1997 proveniente de COLPENSIONES y posteriores traslados a OLD MUTUAL, COLFONDOS para su retorno a PORVENIR el 28 de agosto de 2012 se le suministró toda la información pertinente, de modo que el traslado de régimen realizado fue válido según la selección libre y voluntaria que realizó y por ende se encuentra vinculada con PORVENIR, sumado al hecho que la demandante no fue beneficiaria del régimen de transición, pues no tiene cotizadas 750 semanas o 15 años de servicio al 1 de abril de 1994, tan solo cuenta con cero semanas y no cuenta con 35 años de edad, lo que significa que no tiene expectativa alguna de derecho pensional al momento de su traslado. Formuló como excepciones de

mérito las de «prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación», «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe», «compensación» e «innominada o genérica» (Exp. Digital Doc01 - 2019-00140-00 PARTE 1 Págs. 259 a 269)

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto la afiliación de la accionante a COLFONDOS se dio como traslado horizontal entre fondos del RAIS y esta se presentó en virtud de su derecho a escoger que fondo de pensiones administra sus aportes, siendo el RAIS el de su elección. Que sus asesores comerciales brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado, en la que se le asesoró además, acerca de las características del RAIS y el funcionamiento del mismo, las diferencias entre los dos regímenes, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que produjeron los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional; por lo cual, no se puede concluir que el traslado de régimen fue nulo, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley y el formulario de vinculación tiene la firma de la accionante. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «compensación y pago» (Exp Digital 03 - 2019-00140-00 PARTE 2 Págs. 7 a 11 y 24 a 26)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 26 de abril de 2021; absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la accionante, finalmente, condenó en costas a la demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que el afiliado haya recibido una información amplia y completa sobre las implicaciones de su decisión. Precisó que, aunque se

firme el formulario de manera libre y espontánea no era indicativo de tener conocimiento de esa decisión, ya que al no estar demostrada la información de las AFP no era posible afirmar que existió la autodeterminación por parte del afiliado y que esa documentación no evidenciaba las condiciones de claridad de los efectos que acarreaba el cambio de régimen, manifestó que esta información que se brinda tiene que ser clara, completa y comprensible y que el engaño que manifiesta tuvo su fuente en la falta del deber de información por parte de la AFP. En ese sentido, encontró que en el presente caso, si bien es cierto el traslado se realizó de forma libre, espontánea y voluntaria y sin presiones lo que se echó de menos fue la falta de información veraz y suficiente al momento de hacer dicho traslado, no obstante ello, precisó que bajo el principio de buena fe de las personas y del sistema, a la accionante en su momento no le importó haber estado afiliada al RPMPD y por lo tanto, desechó la posibilidad de retornar al mismo cuando tuvo la posibilidad faltándole 10 años, situación de la cual tenía un conocimiento previo, por lo que estimó el despacho judicial de instancia que la actora optó por las alternativas de su preferencia que fueron totalmente respetables.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de **SONIA GLADYS MORALES SILVA,** presentó recurso de apelación, para que se revoque en su totalidad la sentencia emitida, dado que allí se concluyó que la AFP PORVENIR no le otorgó una información clara completa y comprensible como lo exige la jurisprudencia de la CSJ SL, y fue claro el a quo, en que la única prueba de la información que entregó el fondo fue el formulario de afiliación, sin existir ninguna prueba adicional, en ese sentido no se puede eximir de la responsabilidad y con la decisión adoptada, se fue en contra de la jurisprudencia y claramente la accionante no se encuentra en la obligación de probar que se le hubiese otorgado la información, tal como lo exige la jurisprudencia. Manifestó no compartir los argumentos de la sentencia proferida en cuanto a que el conocimiento de la accionante no permite concluir que efectivamente se le otorgó una información completa o que la responsabilidad por su conocimiento esté en cabeza de ella y no en cabeza de las AFP como lo asignó la CSJ. Precisó que no comparte el argumento de que los fondos o afiliaciones posteriores fueron prueba suficiente de que conoció de las circunstancias, ventajas, desventajas, riesgos, del monto de la pensión que iba a recibir a futuro pues es claro en caso que los traslados posteriores bajo ninguna circunstancia implicaron que se pudieron sanear las nulidades y los vicios que existieron en el momento del traslado inicial, recordando que lo que se busca es declararlo ineficaz. Explicó que

el principal efecto procesal de la responsabilidad profesional consistió en que le corresponde a las AFP probar que se brindó la asesoría dentro de los parámetros de la buena fe, el deber de información y el deber de buen consejo; asuntos que claramente no se cumplieron en el proceso y recordó que el formulario de afiliación fue la única prueba otorgad, con lo que no se cumplió con esos deberes y por lo tanto no se puede entender como una afiliación libre y voluntaria, es decir, no se cumplió con el artículo 13 del literal b) de la Ley 100 de 1993, pues no fue un consentimiento informado y no se puede concluir que hubiese existido una afiliación libre y voluntaria, por lo tanto, claramente las sanciones del articulo 271 en ese caso tienen plena aplicabilidad, pues la afiliación debió haber quedado sin efecto y tiene como consecuencia que se pueda realizar una nueva afiliación de manera libre y voluntaria. Aunado a ello, sostuvo que existe una vulneración a los derechos como trabajadora y no tiene aplicación al sistema integral de seguridad social como lo plasma el artículo 272; que había que tenerse en cuenta las obligaciones de los promotores y de los fondos privados que se establecieron en el decreto 656 de 1994, que las administradoras en su calidad de administradoras del RAIS son responsables de los perjuicios que por su culpa le pudieran ocasionar a los afiliados y que incumplieron con lo mencionado en el artículo 15 del mismo Decreto al no cumplir con la obligación entregada por el reglamento de la administradora de los afiliados. Añadió que las sentencias de la Sala Laboral señalan que la AFP desde su nacimiento hasta la entrada en vigencia de las misma, tienen la obligación de cumplir con los deberes de información y de buen consejo para sus afiliados y futuros afiliados. Finalmente dejó claro que la misma CSJ SL señala que la actuación viciada del traslado de RPMPD no se convalida por los traslados entre las administradoras del último régimen y la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual no implica bajo ninguna circunstancia la ratificación del cambio de régimen que conlleve a modificarse el contenido de los derechos prestacionales. De este modo, debió declarase inválido o ineficaz el traslado de régimen pensional dejando la afiliación primigenia y la pertenencia al RPMPD.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión, las accionadas en similares términos a los expresados en las contestaciones a la

demanda, solicitando que se confirme la decisión. La parte, actora solicitó que se revoque la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes

de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 20 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 02 de octubre de 1961, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes de 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 06 de diciembre de 2018 (fls. 57 y 58), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas dos (02) días de cotización al ISS (fl. 43), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 19 de agosto de 1997, según información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR (fl. 42).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le

hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (19 de agosto de 1997), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, sin que sean necesarios requisitos adicionales pues conforme al criterio jurisprudencial expuesto, la simple falta de información al momento del traslado, lo torna ineficaz, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando la demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y, en consecuencia, deberá la AFP COLFONDOS S.A., entidad donde se encuentra actualmente vinculada, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y valor de seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima*».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al

régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que la parte actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliada.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de **PORVENIR S.A.**

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

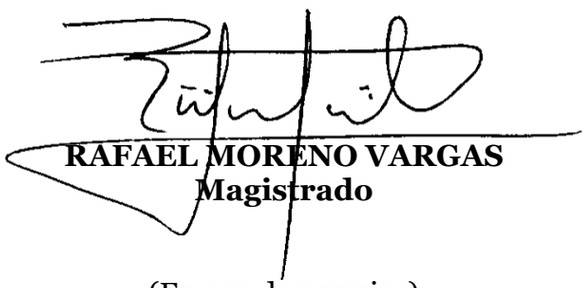
PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora

SONIA GLADYS MORALES SILVA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la **AFP PORVENIR,** el 19 de agosto de 1997; y como consecuencia de ello, **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.,** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** todos los aportes efectuados por la demandante, es decir los saldos de su cuenta individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por seguros previsionales, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación. Las de primer grado a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NUBIA ESPERANZA MARTINEZ FORERO contra ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCION S.A. Rad. 110013105-035-2020-00148-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionante contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 26 de mayo de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **NUBIA ESPERANZA MARTINEZ FORERO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado a la AFP PROTECCIÓN, en consecuencia, se trasladen a COLPENSIONES los aportes junto con sus rendimientos. Se condene a la AFP PROTECCION al pago de perjuicios morales de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Finalmente, que se ordene a PROTECCION a pagar los costos del proceso, agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que nació el 13 de marzo de 1964; se encontraba afiliada al RPMPD administrado por el Seguro Social, hoy COLPENSIONES, pero se trasladó en el mes de septiembre de 1994 a la AFP PROTECCION. Manifestó que en COLPENSIONES acreditó tiempos de cotizaciones con distintos empleadores desde enero de 1983 hasta el mes de agosto de 1994. Con

la AFP PROTECCION acreditó desde septiembre de 1994 hasta la fecha. Manifestó que el asesor de AFP PROTECCION le informó que trasladarse del RPMPD del ISS al RAIS de la AFP PROTECCION le traería muchos beneficios puesto que se trataba de una empresa seria y con solidez; asimismo le informó que trasladándose a esta AFP tendría derecho a un monto mayor en el valor de la pensión que el que le seria reconocido en COLPENSIONES sin dar explicaciones al respecto, dicho asesor le informó que en la AFP PROTECCION se podía pensionar a la edad que deseara y que en COLPENSIONES tendría que esperar a cumplir los 62 años, sin embargo no le indicó que tenía que hacer para obtener dicha pensión. Seguido de ello, el asesor de PROTECCION le informó que trasladándose se podía pensionar con el monto de pensión que quisiera, pero tampoco le informó cómo; el asesor le indicó que trasladándose a PROTECCION y después que pasara un tiempo, en caso de que no quisiera permanecer en esta, podría solicitar la devolución de sus aportes ahorrados cuando quisiera, ya que estos estaban en una cuenta personalizada de ahorro individual y no como en el Seguro Social, hoy COLPENSIONES, en un fondo común. De igual modo, le comunicó y le aseguró que COLPENSIONES no era viable financieramente y que se iba a quebrar, que cosa muy diferente sería su suerte con PROTECCION que, por el contrario, era una compañía con el respaldo de grandes accionistas nacionales de gran solidez. En suma, sólo le informo las ventajas de trasladarse a dicho fondo privado de pensiones, pero jamás de sus desventajas; siendo lo más grave que nunca estuvo informada siquiera de la probabilidad de que en el fondo de pensión privado la pensión seria mucho menor que la que le hubiera correspondido en el RPMPD. Finalmente señaló que el 20 de agosto de 2019 la actora solicito nulidad de la afiliación de traslado ante PROTECCION (Fls 4 a 11).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PROTECCION S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas incoadas en su contra, argumentando que en el presente asunto se encontró frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, tal como se podía ver en el formulario de vinculación que se suscribió, el cual da cuenta que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma la afiliación, acto este que tuvo la naturaleza de un verdadero contrato entre la accionante y PROTECCION S.A., por virtud de la cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Explicó que, dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, reiteró que el

mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituyó una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al fondo de pensiones PROTECCCION y un acto valido y existente. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «innominada o genérica», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» e «inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» (Exp Digital: 7 - CONTESTACIÓN NUBIA ESPERANZA MARTINEZ FORERO).

A su turno, **COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al accionante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de las AFP, o de que se estuvo en presencia de algún vicio del consentimiento, así como que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación que permita inferir con certeza que hubo inconformidad, al contrario, se observó que las documentales se encuentran conformes a derecho y dan cuenta que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Formuló como excepciones de mérito las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al RPMPD», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Exp Digital: 8 - CONTESTACIÓN COLPENSIONES – Doc 11001310503520200014800 CONTESTACION)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 26 de mayo de 2021; decidió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la accionante, a quien condenó en costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es obligación de las administradoras demostrar la simetría en la información y por lo tanto proveer a los jueces de los medios de convicción que permitan dar certeza que al momento del traslado entre regímenes, el afiliado contó con los elementos de juicio suficientes para decidir de manera libre y voluntaria sobre su traslado de régimen pensional; que es deber de las AFP dar información clara, como quiera que aquellas tienen la calidad de instituciones expertas en el manejo de las contingencias de vejez, invalidez y muerte y esas circunstancias exigen un acto diligente y cuidadoso que se debe acreditar dentro del proceso judicial en los términos del artículo 1604 del Código Civil y reiteró que respecto al deber de la información al momento del traslado de régimen es una obligación que le corresponde a las AFP y su ejercicio debe ser diligente, debe permitir comprender la lógica de beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los efectos negativos de la decisión. En tal medida, encontró que conforme a lo asentado en la solicitud de vinculación a la AFP que aparece firmada por la accionante, su traslado al RAIS se dio de manera voluntaria, que se realizó de forma libre espontánea y sin presiones, pero se echaba de menos la falta de información veraz, concluyendo inicialmente que PROTECCIÓN, no demostró que brindó la información en los términos señalados por la jurisprudencia para el traslado. Sin embargo, encontró que conforme a la sentencia SL4806 de 2020, para que se configure la ineficacia del traslado debe concretarse la lesión injustificada del derecho pensional de la afiliada reclamante, impidiéndole su acceso al derecho, lo cual debía probarse en el trámite del proceso, demostrándose que el perjuicio se evidencia en prestaciones económicas y no económicas durante la vida del accionante y sobre todo al momento del reconocimiento pensional, precisando que la actora indicó que la omisión en el deber de información del fondo privado conlleva a que su mesada en el RAIS resulta inferior que en el RPMPD, sin embargo, la actora no demostró que el monto pensional que le correspondería en el RAIS resulta inferior, lo que impedía identificar un perjuicio por el traslado realizado en el año 1994. Razón por la cual, despachó desfavorablemente las prestaciones.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de **NUBIA ESPERANZA MARTINEZ FORERO** presentó recurso de apelación para que se revoque la decisión y se proceda a decidir en favor de la accionante, en consideración a que lo que se ha establecido en la línea jurisprudencial únicamente es que se debe cumplir con el deber de asesoría, en consonancia con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que

estableció que las personas tienen libertad para elegir el fondo pensional al que se quiera afiliar en consonancia además con el articulo 97 ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que estableció que las entidades vigiladas como lo son las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, deben suministrar a los usuarios de los servicios debida asesoría, y deben prestarle información necesaria a los afiliados o a los que pretendan ser afiliados para que tomen una decisión concreta y libre de vicios, en consonancia con lo establecido en la sentencia SL19447 de 2017 que ha sido reiterada en la que estableció que necesariamente se debe suministrar toda la información a los usuarios, que se invierte la carga de la prueba y también seguido de ello a quien le queda de forma más sencilla probar que el monto de la pensión que se iba dar, era al fondo privado y no a la parte accionante.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en la alzada, solicitando que se revoque la decisión de primer grado. Colpensiones a su turno, alegó solicitando se confirme la sentencia. Protección S.A. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que

diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 12 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 03 de marzo de 1964, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del presente año, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 20 de agosto de 2019 (fls.48 a 50), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de diez años de edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 477 semanas cotizadas al ISS (Exp. Digital: CC-51742534 HL), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso,

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

acaeció el 23 de agosto de 1994, según información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN (Exp digital. 7 - CONTESTACIÓN NUBIA ESPERANZA MARTINEZ FORERO.pdf -Pág. 34).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al

interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen 23 de agosto de 1994, plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, sin que sean necesarios requisitos

adicionales pues conforme al criterio jurisprudencial expuesto, la simple falta de información al momento del traslado, lo torna ineficaz pues ello de por sí resulta en una lesión injustificada a sus potenciales derechos pensionales como afiliada, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando la demandante debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y valor de seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021).*

Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, no se accede a la condena por perjuicios morales como quiera que el expediente se encuentra huérfano de pruebas que conlleven a su prosperidad. En ese sentido, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora **NUBIA ESPERANZA MARTÍNEZ FORERO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la **AFP COLMENA, PROTECCIÓN S.A**., el 23 de agosto de 1994; y como consecuencia de ello, **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.,**

trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** todos los aportes efectuados por la demandante, es decir los saldos de su cuenta individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por seguros previsionales, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la accionada **PROTECCIÓN S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de FERNANDO JORGE FIGUEROA VARGAS. contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 110013105-016-2019-00827-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de junio de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **FERNANDO JORGE FIGUEROA VARGAS**, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se le reconozca y pague el retroactivo pensional a partir del 01 de julio de 2017 hasta el 01 de agosto de 2019, fecha a partir de la cual se le reconoció la pensión; junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 4° de la Ley 700 de 2001. En subsidio la indexación de las sumas reconocidas en la sentencia, más costas y agencias en derecho, así como lo que ultra y extra petita.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, relató que nació el día 28 de mayo de 1946, indicó que cuenta con un total de 1.373.86 semanas cotizadas, siendo la última de estas fue por medio de la empresa INGENIERIA DEL MEDIO AMBIENTE INGEMOL S.A., para el mes de junio del año 2017. Expuso que el día 18 de junio de 2019 solicitó

a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, mencionó que Mediante Resolución No. SUB 210664 del 06 de agosto de 2019, COLPENSIONES concedió pensión de vejez, efectiva a partir del 1 de agosto de 2019. Anotó que la cuantía de la pensión de vejez reconocida fue de $3.758.036, informó que frente a la citada Resolución interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el día 13 de septiembre de 2019, a fin que se cancele el retroactivo de las mesadas pensionales, no obstante, fue negado mediante resoluciones No. SUB266393 del 27 de septiembre de 2019 y DPE12524 del 01 de noviembre de 2019. Anotando que, con lo anterior, quedó debidamente agotada la reclamación administrativa (fls. 35 a 44).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIOENES – COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, conforme lo previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la jurisprudencia de la Corte Suprema en su Sala de Casación laboral, acorde a lo expuesto por el accionante y verificada su historia laboral actualizada, su última cotización data para el ciclo de enero de 2017 con el empleador INGENIERA DEL MEDIO AMBIENTE INGEMOL, empleador que no reportó en debida forma la novedad de retiro del sistema, razón por la cual la prestación pensional del actor fue reconocida a corte de nómina, esto es a partir del 31 de julio de 2019, en aplicación de los artículos anteriormente mencionados. Agregó que conforme la historia laboral del demandante, se refleja que ha cotizado de manera interrumpida desde el 15 de abril de 1968 al 30 de junio de 2017, evidenciándose que para el mes de marzo de 2017 se reportó por parte del empleador INGENIERA DEL MEDIO AMBIENTE INGEMOL, una «p» como novedad, es decir, que su retiró del sistema lo fue en pensiones más no es salud, razón por la cual su vinculación laboral no puede entenderse como culminada para proceder al reconocimiento del retroactivo pretendido. Como excepciones de fondo, propuso las de «prescripción y caducidad», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 50 a 52).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 24 de junio de 2021, el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante el retroactivo de mesadas pensionales causado desde el 01 de julio del año 2017 hasta el 31 de julio del año 2019, teniendo como mesada para el año 2017 $3.499.101.00, para el año 2018 $3.642.214.00 y para el año 2019 el valor de

$3.758.036.00, retroactivo pagado de forma indexada, cuya indexación se aplicará a la totalidad del valor del retroactivo, desde el mes de agosto del año 2019 hasta la fecha en que efectivamente se pague el correspondiente retroactivo, acudiendo para ello a los Índices de Precios al Consumidor — IPC certificados por el DANE, asimismo, declaro no probadas las excepciones propuestas por el demandado y absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones que no fueron acogidas expresamente en la sentencia.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que al tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las conductas del afiliado respecto al haber dejado de efectuar cotizaciones desde el ciclo de junio del año 2017 y teniendo en cuenta la solicitud de pensión llevada a cabo el 18 de junio de 2019, de la cual no encontró alguna acción por parte de COLPENSIONES frente a periodos en mora de cotizaciones de ahí en adelante, desde junio de 2017, fue clara la voluntad del trabajador desde el 18 de junio de 2019 de reclamar su derecho pensional así solicitado y no era ajeno COLPENSIONES del cumplimiento de los requisitos de orden pensional, como lo hizo saber el ultimo empleador que tuvo registrado el demandante, quien sí había registrado la novedad en marzo de 2017, como fue consagrado por COLPENSIONES en la Resolución SUB 266393 del 27 de septiembre de 2019, con ello, manifestó que se vislumbraba la intención, tanto del empleador como del trabajador de poner de presente el cumplimiento de los requisitos pensionales y tan solo se hicieron cotizaciones después del mes de marzo hasta junio de 2017. Agregó que, por la suspensión definitiva de los aportes y la manifestación expuesta del accionante, se predica la desafiliación tacita, que a falta de constatación o una solicitud formal del empleador que diera cuenta de la finalización del vínculo laboral, pueden tenerse en cuenta dichos elementos que de forma tácita dan cuenta de una desafiliación y, por tanto, al tenor de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 la pensión ha debido reconocérsele y haber sido pagado al demandante a partir del 01 de julio de 2017, hasta el 31 de julio del año 2019. Sin embargo, advirtió que no eran procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 al estar instituidos cuando se causa la mora en el pago de mesadas pensionales que no fue lo que en el presente asunto aconteció, por lo que negó esta petición, no obstante, accedió a la indexación solicitada de forma subsidiaria. Explicó que para el cálculo del retroactivo y su indexación debe tenerse en cuenta el IBC que se tomó por COLPENSIONES sobre el cual no hay discusión y en tal sentido el juzgado deflactó la suma de la primera mesada en operación inversa a la indexación para determinar el valor de la mesada de los años 2017 y 2018.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación parcial, argumentando que, en lo referente a los intereses moratorios, en cuanto al retiro tácito, y según el artículo 141 la ley 100 de 1993, respaldado por la doctrina probable, consideró que COLPENSIONES debió haber cancelado las mesadas pensionales oportunamente y no lo hizo sino hasta la reclamación judicial, por lo que estima válido el cobro de intereses moratorios al existir una demora injustificada en el pago de las mesadas.

Por su parte, la apoderada judicial de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación parcial informando que es obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones reconocer en la pensión solicitada, la totalidad de las semanas cotizadas en su historia laboral, para lo cual la entidad estudia no solo el cumplimiento de los requisitos normativos sino también lo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, específicamente lo manifestado en el artículo 13, en relación de ello, consideró evidente que respecto a la historia laboral del demandante, su ultimo empleador efectuó cotizaciones hasta el mes de junio de 2017, no efectuó la novedad de retiro y en ese sentido, era procedente que se disfrutara de la pensión desde la fecha de ingreso en nómina, situación que no fue tenida en cuenta por el despacho, por lo que no podría tenerse como reconocida esta novedad como una desafiliación y una intención tanto del afiliado como del trabajador de no cotizar más en el sistema y tampoco puede decirse que la novedad fue una desafiliación tacita, porque la novedad se presentó para marzo de 2017 y se efectuaron cotizaciones hasta el mes de junio de ese mismo año, situación que no daba certeza a la entidad que se podrían efectuar más cotizaciones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó en similares términos a los expuestos en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura establecer si a la parte actora le

asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pretendido, junto con los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, es menester precisar que no es materia de controversia que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES le concedió pensión de vejez a FERNANDO JORGE FIGUEROA VARGAS a partir del 1º de agosto de 2019, en cuantía inicial de $3,758,036. En el citado acto administrativo, se advierte que la entidad señaló como fecha en que el afiliado alcanzó el estatus jurídico el día 1º de agosto de 2019, argumentando reconocer el disfrute a partir de la referida fecha por cuanto el asegurado se encontraba activo y no presentaba novedad de retiro en el sistema (fls 15 a 18 y CD fl. 60).

También se encuentra debidamente acreditado dentro del plenario, de conformidad con la historia laboral allegada y que reposa en los folios 4 a 13, que la última cotización efectuada por el demandante lo fue con el empleador *«INGENIERÍA DEL MEDIO AMBIENTE INGEMOL S»* para el ciclo de junio de 2017.

Ahora bien, en cuanto al retroactivo pensional solicitado, estima la Sala que si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1993 regula lo referente al disfrute de la pensión de vejez, exigiendo para ello la desafiliación al sistema, no es menos cierto que la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL607-2017 del 25/01/2017, radicado 47315, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación, indicando que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este (Sentencias del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, del 20 de octubre de 2009, radicación 35605 y del 1 de septiembre de 2009, radicación 34514, pronunciamientos que han sido reiterados en las sentencias SL5603-2016, SL11895-2017 y SL11895-2017, SL415-2018 y SL3608-2018), postura que esta Sala de Decisión ha aplicado reiteradamente.

En el caso sometido a consideración de esta Sala, puede observarse claramente como la parte actora satisfizo a cabalidad todos los presupuestos desarrollados por la

jurisprudencia para entenderse su desafiliación al sistema:

(i) Desde el 18 de junio de 2019 (fl. 29) solicitó el reconocimiento de su pensión, es decir, desde dicha fecha ejerció ante la demandada, una conducta inequívoca que era su deseo retirarse del sistema, aunado a que:

(ii) El señor FIGUEROA VARGAS, adquirió el estatus de pensionado desde el 23 de enero 2010, fecha para la cual, tenía más de 1.000 semanas de cotización conforme al artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y ya había cumplido 60 años de edad.

(iii) El empleador *«INGENIERÍA DEL MEDIO AMBIENTE INGEMOL S»*, dejó de cotizar desde el 30 de junio de 2017, tal y como lo refleja el reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls. 4 a 13).

Lo anterior sería suficiente para determinar que le asistiría derecho al demandante al disfrute de la prestación en fecha anterior a la otorgada por COLPENSIONES. Empero, a más de lo anterior, la revisión del expediente también da cuenta que el empleador sí reportó oportunamente la novedad de retiro para el sistema de pensiones, tal como da cuenta la historia laboral, resultando claro que el actor cumplió con la exigencia de reportar la novedad de retiro del sistema de pensiones desde el año 2017-06 (novedad «P»), que incluso también es de conocimiento de la accionada, fíjese que en su página web: https://www.colpensiones.gov.co/loader.php?lServicio=Glosario&letra=N precisa que tal novedad se presenta *«cuando un afiliado crea haber cumplido con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez pero éste derecho aún no ha sido declarado por parte de la administradora de pensiones, no está obligado a pagar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones aunque la relación laboral se mantenga. Por lo anterior, el reporte del cese de las cotizaciones al Sistema de Pensiones se reporta con una (P) debajo del acápite de novedades en pensiones dentro de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes y no implica el retiro del sistema»*.

En tal medida, estima la Sala que aparte del cese de cotizaciones, con dicho reporte se cumple a cabalidad con el requisito legal exigido por el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, de tal manera que no son de recibo los argumentos expuestos por la accionada, puesto que con meridiana claridad, se observa que en éste caso se cumplen no sólo las condiciones analizadas en la jurisprudencia, sino también que se reportó oportunamente la novedad de retiro por parte del empleador, y en tal sentido, hay

lugar a modificar la fecha de disfrute a partir del 01 julio de 2017, fecha en la que el actor ya tenía cumplidos tanto la edad como el requisito de semanas para causar la pensión de vejez, tal como la misma entidad lo reconoció.

Dilucidado lo anterior, se deberá confirmar lo decidido en primera instancia en cuanto a este punto en particular; y con el ánimo de calcular el retroactivo adeudado se tiene que la prestación fue reconocida para el año 2019 en la suma de $3.758.036, de modo que debe deflactarse al año 2017. En tal medida una vez efectuadas las operaciones de rigor arrojó una mesada para esa anualidad por un monto de $3.499.101 y para el año 2018 la sima de $3.642.214, guarismos que resultan iguales a los calculada por el A quo, motivo por el cual se confirmará la decisión en este aparte.

Se debe anotar que este retroactivo no se encuentra prescrito, en la medida que el mismo se causó a partir del 01 de julio de 2017 y el demandante solicitó la prestación el 18 de junio de 2019 (fl. 15), y esta le fue reconocida mediante Resolución SUB 210664 de 2019 (fls. 15 a 18); y el retroactivo pensional fue reclamado el 13 de septiembre de 2019, siendo resueltos los recursos finalmente a través de la Resolución DPE 12524 del 1° de noviembre de 2019 (fls. 19 a 34), notificada el 26 de noviembre de 2019 (fl. 30), y como quiera que la demanda fue promovida el 05 de diciembre de 2019 (fl. 45), no se excedió el término previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la H. C.S.J. en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, no es menos cierto que ello no se configura en el caso de marras, pues no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada desde el 01 de julio de 2017, pues como se vio, para ese momento el demandante ya tenía causados los requisitos para acceder a la pensión de vejez, habiéndose incluso reportado la novedad de retiro a pensión, para así reconocer la prestación desde el momento que cumplió la edad requerida, de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración.

En este orden, se tiene que la fecha de la petición pensional fue el 18 de junio de 2019 (fl. 15), se colige entonces que el periodo de gracia de 4 meses en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, vencería el 18 de octubre de 2019, habiéndose producido el reconocimiento pensional el 06 de agosto de 2019, con fecha de disfrute 01 de agosto de 2019, de ahí que, los citados intereses sobre el retroactivo adeudado se causan a partir del 19 de octubre de 2019, hasta la fecha en que se realice el pago. Se advierte, los intereses se calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de interés moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectué el pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Por esta razón, se modificará el ordinal primero de la sentencia bajo estudio.

De igual manera, se adicionará la decisión en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que se debe realizar al pensionado.

En tal virtud, quedan resueltas las apelaciones formuladas por las partes y la consulta a favor de Colpensiones. De tal modo que, se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de revocar la condena por indexación y en su lugar, se precisa que sobre el retroactivo por mesadas pensionales adeudadas al demandante se pagarán intereses moratorios desde el 19 de octubre de 2019 hasta el momento que se produzca el pago y se calcularán a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, vigente en el momento en que se efectué el pago. Estableciéndose que de

dicho retroactivo se autorizan los descuentos en salud, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALVARO MELO MORALES contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-008-2019-00839-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto el apoderado judicial de las accionada COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de julio de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **ALVARO MELO MORALES** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia y/o nulidad de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., así como su vinculación a la AFP SKANDIA. En consecuencia, se condene a las AFP´S PROTECCIÓN y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante, incluyendo los rendimientos financieros y gastos de administración. Finalmente, se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 31 de enero de 1962 e inició a cotizar al Sistema General de Pensiones en el mes de marzo de 1986, a través del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD.

Explicó que el 21 de octubre de 1998 se afilió al Régimen de Ahorro Individual, mediante la AFP PROTECCIÓN, entidad que le informó que el traslado de régimen era lo más favorable para su situación, dado que obtendría una mejor mesada pensional, guardando silencio sobre las características del RAIS y las consecuencias del cambio de régimen. Mencionó que el 29 de mayo de 2012 se afilió a la AFP SKANDIA. Expresó que según la proyección pensional para el año 2024, la mesada pensional que recibiría en el RAIS sería inferior a la que obtendría en el RPMPD. Añadió que el 17 de octubre de 2019 agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, no obstante, la entidad negó su pedimento (Fls. 2 a 9).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.,** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal fin que la afiliación del demandante fue valida, existente y exenta de vicios del consentimiento, por lo que aquel suscribió el formulario de afiliación, conforme con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Explicó que la afiliación del actor fue libre y espontánea, solemnizándose por medio de su firma en el formulario y creando derechos y deberes en cabeza de ambas partes. Argumentó que no es procedente pretender la nulidad de la afiliación, fundándose en el hecho de que las expectativas económicas del demandante no se cumplieron, puesto que la forma de liquidar la pensión de vejez en el RAIS fue dispuesta por la ley. Agregó que el demandante está inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo, formuló las de «Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y Del Sistema General De Pensiones», «Innominada o genérica», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» y «Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» (fls. 43 a 52).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el traslado efectuado por el demandante al RAIS, a través de la AFP PROTECCIÓN se presume válido por estar ajustado a la normatividad vigente para esa data, esto es, el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, por lo que le corresponde a la parte actora probar la existencia de un vicio en el consentimiento

y/o la falta de información. Por demás, adujo que el traslado de régimen se presume efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional al tenor del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Arguyó que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, de allí, que deba tenerse en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia 062 de 2010, respecto de la sostenibilidad financiera del sistema. Formuló como excepciones de mérito las de «Prescripción y caducidad», «Declaratoria de otras excepciones» e «Inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir» (Fls. 43 a 80).

Finalmente, la **AFP SKANDIA S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación del demandante tiene plena validez, dado que fue un acto voluntario sin vicios en el consentimiento. Manifestó que la elección de régimen del actor fue libre y voluntaria, y en señal de ello, suscribió el formulario de afiliación al fondo, cumpliendo lo previsto en el Decreto 1642 de 1995. Indicó que la afiliación del demandante provino de otro fondo privado, por lo que ya conocía las características y el funcionamiento del RAIS. Adujo que cumplió con todos los parámetros legales a la hora de brindar información al demandante, precisando que fue cierta, suficiente y oportuna. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «Buena fe», «Cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación» y «genérica» (Fls. 88 a 100).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 08 de julio de 2021 declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, mediante la AFP PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, ordenó a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES todos las sumas que recibió con motivo de la afiliación del demandante, tales como aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros, costos de administración debidamente indexados y sumas adicionales con intereses. Igualmente, condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que la AFP SKANDIA le traslade y a efectuar los ajustes correspondientes en la historia laboral del actor.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que el deber de información fue establecido por el Decreto 663 de 1993, por lo que desde entonces existía el deber de suministrar información a los afiliados. Asimismo, precisó que eventualmente, la falta de información puede constituir una violación al derecho de

afiliación, dado que se imposibilita al afiliado para decidir con real convicción. Manifestó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que las AFP tienen el deber de informar al afiliado sobre su derecho pensional en uno y otro régimen, así como las características de cada uno y la incidencia que tales aspectos puedan tener en su situación pensional, de tal suerte que el traslado esté precedido por un consentimiento informado, pues de lo contrario, la afiliación carece de validez. Explicó que el precedente jurisprudencial no sólo se extiende a los beneficiarios del régimen de transición o a quienes tenían una expectativa legítima para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino que las AFP tienen el deber de suministrar información completa, veraz y oportuna a todos los afiliados, por lo que les compete demostrar que cumplieron con su obligación. En ese orden, señaló que la AFP PROTECCIÓN no acreditó el cumplimiento de su deber de información, aclarando que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para tal fin, en tanto no demuestra la existencia de consentimiento informado a la hora de efectuar el cambio de régimen. Argumentó que no tiene incidencia alguna el traslado horizontal que realizó el actor, toda vez que, de acuerdo al precedente de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la información debe ser suministrada antes del traslado de régimen pensional, razón por la que, pese a que SKANDIA suministró alguna información, no se convalida la voluntad del demandante. Finalmente, aseveró que la acción que persigue la ineficacia de la afiliación no está sometida al término de prescripción por estar relacionada con el derecho pensional del demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, solicitando que se condene a la AFP PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración debidamente indexados, toda vez que fue el encargado de efectuar el traslado de régimen del demandante y administró los aportes de aquel durante diez años, tiempo en el que recibió el pago de la cuota de administración.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

A folio 10 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 31 de enero de 1962, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES, el 17 de octubre de 2019 (fls. 33 a 35), es decir, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 383,73 semanas cotizadas al ISS (Fl. 11, CD. Fl. 83), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 21 de octubre de 1998, según información registrada el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. (fl. 16).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la

obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓNS.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (21 de octubre de 1998, Fl. 16), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado,

dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PPROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (21 de octubre 1998, fl. 16), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En ese orden, estima la Sala que la decisión debe adicionarse en los términos solicitados por COLPENSIONES y ordenarse la devolución de los gastos de administración causados y deducidos por la AFP PROTECCIÓN, teniendo en cuenta que deberán trasladarse debidamente indexados como lo solicitó la parte recurrente, aclarando que no se trata de una sanción sino de la forma menguar los efectos de la devaluación de la moneda.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos*

recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquel cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se adicionará la sentencia, para condenar a la AFP PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración que recibió con motivo de la afiliación del demandante, los cuales deberán ser trasladados a COLPENSIONES debidamente indexados. En todo lo demás se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

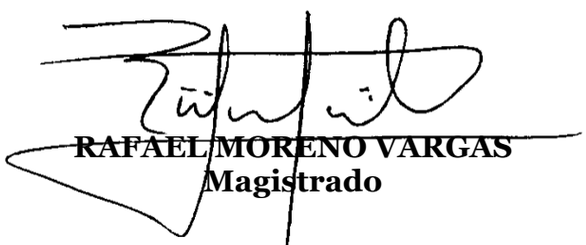
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** los gastos de administración que recibió con motivo de la afiliación del demandante debidamente indexados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de ELIZABETH CANO CHARRY contra SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA - SAYCO. Rad. 110013105-009-2016-00389-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 25 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

La Señora **ELIZABETH CANO CHARRY**, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA-SAYCO**, a fin de que se declare que el contrato fue finalizado sin justa causa por parte de la demandada, así como que le pagó la liquidación laboral trece días después de dicha fecha. En consecuencia, se condena a la accionada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, junto con la indemnización moratoria. Igualmente, se condene al pago de la prima legal, la prima extralegal, las vacaciones, las cesantías e intereses a las cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 01 de abril de 2016 y el 30 de marzo de 2017. Finalmente, se condene a lo Ultra y Extra Petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que el 01 de abril de 2014 inició a laborar para SAYCO, mediante un contrato de trabajo a término fijo

inferior a un año, por tres (3) meses, desempeñando el cargo de auxiliar societaria, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7 am a 5 pm y devengando un salario de $1.372.355. Explicó que su contrato fue prorrogado cuatro veces, la primera, desde el 01 de julio hasta el 30 de septiembre de 2014, la segunda, desde el 01 de octubre al 30 de diciembre de 2014, la tercera, desde el 01 de enero al 30 de marzo de 2015, y la cuarta, desde el 01 de abril de 2015 al 30 de marzo de 2016. Señaló que el 02 de marzo de 2016, la accionada le notificó su voluntad de no renovar el contrato de trabajo. Expresó que recibió el pago de la liquidación laboral, trece (13) días después de la terminación, es decir, el día 13 de abril de 2016, sin embargo, aquella no incluyó la indemnización por despido sin justa causa (fls. 23 a 28).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA-SAYCO** contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la terminación obedeció al vencimiento del plazo fijo pactado en el contrato de trabajo. Manifestó que notificó la no renovación del contrato a la demandante, dentro del término legal, esto es, el 02 de febrero de 2016, precisando que así lo aceptó aquella en tal documento. Explicó que el empleador sólo está obligado a renovar el contrato de trabajo a término fijo, cuando el trabajador está cobijado por la garantía de estabilidad laboral reforzada, siendo el sub lite ajeno a esa circunstancia, máxime cuando informó debidamente su intención de no prorrogar el contrato. Indicó que no hay lugar al pago de las prestaciones pretendidas porque no se adeuda ninguna suma a la demandante y menos en un periodo posterior a la finalización del vínculo. Formuló como excepciones de mérito las de «pago y cobro de lo no debido», «inexistencia del derecho y de las obligaciones que se demandan», «buena fe de mi procurada», «mala fe de la actora» y «la excepción genérica que resulte probada en el juicio» (fls. 39 a 54).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 25 de marzo de 2021, condenó a la SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES-SAYCO al pago de $594.687 por concepto de indemnización moratoria. Absolvió a la demandada de demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior decisión, indicó que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por tres (3) meses, desde el 01 de abril de 2014 al 30 de

marzo de 2016, el cual se rigió por el artículo 46 del CST, que dispone que en caso de que las partes no manifiesten su voluntad de no renovar el contrato con mínimo treinta (30) días de anterioridad al vencimiento del término pactado, se entiende renovado pro el mismo periodo pactado inicialmente. Resaltó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la finalización del contrato por el vencimiento del término pactado, obedece a un modo de poner fin al vínculo, siendo diferente a la terminación unilateral del contrato, pues se trata de una condición extintiva que establecen las partes al celebrar el contrato. Señaló que el documento en el que se comunicó la no revocación del contrato, fue firmado en señal de recibido por la demandante el día 02 de febrero de 2016, es decir, con anterioridad a los treinta (30) días de la expiración del plazo fijo pactado. Precisó que el Grupo de Documentología y Grafología Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, encontró que la firma de recibido contenida en el antedicho documento, corresponde a la demandante. Aclaró que pese a que según el certificado de la EPS Compensar, la actora estuvo incapacitada el 02 de febrero de 2016, no se desvirtúa la firma de aquella en la carta de no renovación del contrato, máxime cuando no es posible establecer el momento exacto en el que acudió a los servicios médicos. Expuso que la testigo, señora María Rincón Carrillo, trabajadora del área de recursos humanos de la accionada, declaró que la demandante firmó la carta de no renovación del contrato. Aseveró que no es procedente el pago de las prestaciones sociales y vacaciones pretendidas, por cuanto sólo es dable su reconocimiento mientras la relación laboral este vigente, encontrando que el periodo solicitado es posterior a la fecha de terminación del vínculo. De otro lado, argumentó que el pago de la indemnización moratoria procede siempre y cuando haya existido mala fe por parte del empleador, considerando que lo dicho por el representante legal de la demandada, no es óbice para el incumplimiento de la normatividad laboral que ordena el pago de la liquidación al día hábil siguiente a la terminación del contrato, pues las políticas de la empresa no excusan al empleador de su deber, máxime cuando el 31 de abril de 2016 fue un día hábil.

APELACIÓN

La apoderada judicial de la **DEMANDADA**, interpuso recurso de apelación, en torno al pago de la indemnización moratoria, argumentando que la sociedad internamente tiene de ocho (8) o diez (10) hábiles para efectuar los movimientos financieros, puesto que se trata de una sociedad con gran manejo de presupuesto y personal, tal como lo manifestó el representante legal de la misma. Manifestó que, a su juicio, trece (13) días es un término prudente para el pago de la liquidación

laboral, estimando que no hubo mala fe por parte del empleador, sino que aquel pago se supedita a unos trámites internos que no permiten que el mismo se efectúe de forma más expedita. Resaltó que no hubo mala fe de la sociedad y solicitó se revoque la condena.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la condena en su contra. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si en el presente proceso, hay lugar o no a condenar a la demandada al pago de sanción moratoria de acuerdo al Art. 65 del C.S.T.

CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar, que la existencia del contrato de trabajo y los extremos de la relación laboral, no fueron objeto de impugnación por los sujetos procesales.

Ahora, se tiene que la indemnización moratoria, consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, reformado por la Ley 789 de 2002, ordena que en caso que a la finalización del contrato de trabajo, el empleador no haya cancelado salarios y prestaciones sociales, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se obliga a pagar una indemnización, equivalente a un día de salario por cada día de mora, hasta por 24 meses, contados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo y a partir del mes 24 si no ha presentado satisfacción de tales obligaciones, deberá intereses moratorios a la tasa más alta de crédito de libre inversión certificado por la Superintendencia Financiera.

Como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, la indemnización moratoria pedida, tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los

perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Descendiendo al caso que nos ocupa, observa la Sala de Decisión que la demandada al momento de la finalización del contrato de trabajo, no le adeudaba salarios, prestaciones sociales, o su reliquidación, ni aportes a seguridad social, hecho que de entrada conlleva a que no sea viable la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, siendo claro que la parte actora no discute o manifiesta que la demandada haya sido impuntual en el pago de salarios y prestacionales sociales; sumado a ello, no se observó su intención de sustraerse del pago de los saldos insolutos a la desvinculación del demandante, pues el contrato terminó el 01 de abril de 2016 y procedió a la liquidación y pago sus prestaciones sociales finales el 13 de abril de 2016 (fl. 14) y así se admite desde la demanda, por lo que hubo un espacio de 12 días entre la terminación y el pago de lo debido, tiempo que no se considera desproporcional, ni arbitrario, pues es el que usualmente puede llegar a demorarse un empleador en pagar lo debido.

Por lo tanto, considera la Sala que las actuaciones de la accionada no estuvieron revestidas de mala fe, siendo claro para la Sala de Decisión que no es procedente la condena a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por cuanto en el presente asunto no existe un impago de salarios y prestaciones, o mora injustificada, o mala fe de la demandada.

Consecuente con lo anterior, se revocará la sentencia apelada y se absolverá de todas y cada una de las pretensiones. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por HECTOR PARRA FAJARDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 110013105-031-2021-00063-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **HECTOR PARRA FAJARDO** instauró demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, conforme con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, junto con los intereses de mora causados desde el 31 de marzo de 2020, por ser la fecha en la que se negó la prestación. Igualmente, en caso de no condenarse al pago de intereses moratorios, condenar al pago indexado de la indemnización sustitutiva. Finalmente, se condene a la accionada al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 09 de mayo de 1950 y estuvo vinculado laboralmente con ECOPETROL S.A. desde el 07

de enero de 1975 hasta el 11 de enero de 2000, periodo en el que dicha entidad se encontraba exceptuada de la aplicación del Sistema General de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993, por lo que le fue reconocida pensión de jubilación desde el 11 de enero de 2000. Narró que el 06 de marzo de 2017 fue afiliado por su empleador MORELCO S.A. a COLPENSIONES, en donde cotizó 139 semanas. Señaló que el 18 de febrero de 2020 radicó ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez, no obstante, la entidad su pedimento, tras considerar que es beneficiario de una asignación financiada por el tesoro público, decisión que fue ratificada al resolver los recursos de reposición y apelación. Resaltó que la pensión de jubilación reconocida hace parte del régimen exceptuado, es decir, que es compatible con cualquier prestación económica del Sistema General de Seguridad Social (Exp. Digital: *«001. Demanda_9_2_2021, 10_47_48 a. m.pdf*»).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que el demandante goza de una pensión otorgada por ECOPETROL, generando una incompatibilidad con el eventual reconocimiento de una prestación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD. Aseveró que frente a la posibilidad de recibir más de una prestación del erario público, debe tenerse en cuenta el artículo 128 de la Constitución Política, así como las excepciones contenidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y la naturaleza de la indemnización sustitutiva plasmada en el Decreto 1730 de 2001. Aclaró que los intereses moratorios sólo proceden cuando la administradora de pensiones, incumple de manera injustificada en el reconocimiento de una prestación, circunstancia que no ocurrió, por cuanto, no es procedente la indemnización sustitutiva a favor del demandante. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho y la obligación», «prescripción», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «buena fe», e «innominada o genérica» (Exp. Digital: *«009. CONTESTACIÓN COLPENSIONES.pdf*», págs. 2 a 12).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 07 de julio de 2021, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma de

$53.407.217, liquidada al año 2020 y que deberá ser debidamente indexada al momento del pago. Condenó en costas y agencias en derecho a la accionada. Absolvió de las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que de acuerdo con la comunicación del 18 de diciembre de 1999 realizada por ECOPETROL, el demandante goza de una pensión de jubilación convencional desde el 11 de enero de 2000, dando aplicación al Acuerdo 01 de 1977. Señaló que conforme con el reporte de semanas cotizadas, el actor cotizó a COLPENSIONES 139.43 semanas, precisando que dicho periodo correspondió al comprendido entre el mes de marzo de 2017 y diciembre de 2019, esto es, un tiempo diferente al que tuvo en cuenta ECOPETROL para el reconocimiento de la pensión de jubilación. Explicó que de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, para que proceda el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, es menester que el afiliado cumpla con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, así como que no haya cotizado las semanas requeridas y que manifieste la imposibilidad de seguir cotizando. En ese orden, encontró que el demandante cumplió con tales requerimientos para ser acreedor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Expresó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha manifestado la compatibilidad de la pensión de jubilación otorgada por ECOPETROL y la indemnización sustitutiva o la constitución de bonos para la pensión de vejez, en razón a que se trata de periodos diferentes, puesto que los periodos de cotización a pensión corresponden a un tiempo diferente al que sirvió para el reconocimiento de la pensión de jubilación. Aseveró que los periodos cotizados al sistema general de pensiones no están llamados a financiar la pensión de jubilación. Explicó que el demandante no está inmerso en la prohibición de recibir dos erogaciones del erario público porque los aportes cotizados al sistema general de pensiones son independientes a los dineros que sirvieron para reconocimiento pensional otorgado por ECOPETROL. Indicó que, una vez hechos los cálculos aritméticos, encontró que el IBL semanal indexado hasta el 2020 es de $2.401.403, suma que al multiplicarse por las semanas cotizadas y por el IBC del 16%, asciende a $53.407.217 por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez. De otro lado, explicó que el artículo 121 de la Ley 100 de 1993 indica que hay lugar al pago de los intereses moratorios cuando hay mora en el pago de la mesada pensional, situación que no acaeció, por cuanto no se trata de una mesada pensional, sino de una prestación otorgada en lugar de la prestación de vejez, aunado a que la condena de intereses es una sanción, la cual no puede aplicarse sino está determinada expresamente en la ley.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, principalmente determinar si existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por ECOPETROL con cualquier otro reconocimiento pensional de la Ley 100 de 1993, seguido será establecer si al accionante le asiste el derecho a la indemnización sustitutiva de vejez por aportes realizados como trabajador independiente en el ISS hoy COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico debe advertirse que se encuentra acreditado y no ha sido objeto de discusión por las partes que, ECOPETROL le reconoció al demandante pensión vitalicia de jubilación según la comunicación del 28 de diciembre de 1.999, a partir del 11 de enero de 2.000, fecha de terminación de su contrato de trabajo (Exp. Digital: *«003. PRUEBA_9_2_2021, 10_48_00 a. m.pdf» pág. 25*).

Tampoco ha sido objeto de controversia que el demandante cotizó al Instituto de Seguro Social, hoy COLPENSIONES, desde el 01 de julio de 2.002 hasta el 31 de diciembre de 2019 con empleadores privados y así se refleja en el reporte de semanas cotizadas expedidos por COLPENSIONES (Exp. Digital: *«GRP-SCH-HL-2020_2611967-20200303045528.pdf»*). Por tal situación, el demandante solicitó ante la accionada el reconocimiento de la indemnización sustitutiva el 18 de febrero de 2020, la que fue resuelta en forma negativa mediante la Resolución SUB 84264 del 31 de marzo de 2020, por considerar que la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor por parte de ECOPETROL resulta incompatible con la aludida indemnización que ahora se solicita (Exp. Digital: *« 006. 2021-063 Subsanacion demanda.pdf»*. págs. 16 a 19).

De conformidad con los anteriores hechos probados y con la finalidad de dilucidar el tema de la incompatibilidad entre la prestación solicitada y la pensión vitalicia de

jubilación reconocida a la demandante por parte de ECOPETROL, resulta necesario traer a colación la sentencia CSJ SL2958-2020 de similares contornos al proceso objeto de estudio, donde se recordó que frente al reconocimiento de una pensión de jubilación oficial y la indemnización sustitutita no existe incompatibilidad específicamente cuando la prestación reconocida se realizó por fuera del sistema integral de seguridad social y los aportes realizados al ISS se acreditaron en instituciones privadas diferentes a la de la institución que la reconoció; además se recordó que tal como ocurre con las prestaciones reconocidas por el Magisterio, que también se rigen por un régimen exceptuado como ECOPEROL, la fuente de financiación de las prestaciones allí reconocidas resulta distinta, de aquellos tiempos con empleadores privados, por lo que la financiación de una y otra pensión son diferentes y en tal sentido no se puede evidenciar incompatibilidad, pues así las cosas la fuente de pago resulta diametralmente distinta.

Así lo ha previsto el Alto Tribunal en sentencias como la CSJ SL, 3 may. 2010, rad. 39810, reiterado en la sentencia CS SL451-2013, en esta última se señaló además, que los dineros con que se financian las prestaciones en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, o sea los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, y por lo tanto su naturaleza no es pública.

Los anteriores pronunciamientos resultan más que suficientes para desestimar los argumentos planteados por COLPENSIONES, en la medida que no existe duda alguna que entre la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la parte actora y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aquí reclamada no existe incompatibilidad alguna, pues así ha sido suficientemente decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, acotando que la pensión a cargo de ECOPETROL de ningún modo se encuentra financiada con aportes o con los tiempos de servicios cotizados al entonces ISS por el demandante, pues fíjese que fueron sufragados con posterioridad al reconocimiento por jubilación a cargo de dicho empleador, esto es, entre el mes de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2019, con los empleadores del sector privado *«SERVICIOS DE INGENIE»* y *«MONTAJES MORELCO S.A»*, razón por la que no hay lugar a declarar la incompatibilidad pensional entre las dos prestaciones, como lo pretende la parte accionada.

En ese orden, en lo que tiene que ver con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, dispone el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 que aquellas personas que habiendo cumplido el requisito de la edad para obtener la pensión de vejez, no

hubieren cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar activos en el sistema, tienen derecho al reconocimiento de una indemnización, en sustitución de la pensión de vejez, equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal, multiplicado por el número de semanas cotizadas, lo que se reitera en el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005.

No son motivo de discusión en el proceso, la edad del demandante que acredita con la fotocopia de la cédula de ciudadanía aportada al expediente digital, donde se verifica que nació el 09 de mayo de 1950, lo cual permite concluir que arribó a la edad de 62 años, el mismo día y mes del año 2012, contando actualmente con más de 71 años de edad. Tampoco se discute que por medio de Resolución SUB 84264, SUB143074 y DPE 11252 del 20 de agosto de 2020, COLPENSIONES negó el derecho a la indemnización sustitutiva al considerar que ésta resulta incompatible con la pensión que pretéritamente le reconoció ECOPETROL (Exp. Digital: *«006. 2021-063 Subsanacion demanda.pdf»* Pág. 16 a 42).

El requisito de declarar la imposibilidad de seguir cotizando al sistema de pensiones, se entiende cumplido con la solicitud efectuada en la reclamación administrativa vista en el expediente administrativo que obra en el expediente administrativo *(*Exp. Digital: *CC-13811092)* y los mencionados actos administrativos, así como de lo expuesto en los hechos de la demanda.

Así las cosas, una vez realizadas las operaciones aritméticas del caso se tiene que por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez calculada para la anualidad en que realizó la solicitud, la suma de $46.090.675, según liquidación efectuada por el actuario designado para esta Sala de Decisión y que se adjunta a la presente, de modo que al haber sido inferior a la calculada por la a quo ($53.407.217), por tanto se modificará la decisión, sin que haya lugar a declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la accionada pues el derecho a la indemnización sustitutiva, por regla general, es imprescriptible y puede ser reclamada en cualquier tiempo, empero está sujeta a este fenómeno desde el momento en que ha sido reconocida por la entidad de seguridad responsable, previa solicitud del interesado, quien puede de manera libre optar por elevar un requerimiento a fin de obtener la prestación, según lo tiene sentado la jurisprudencia constitucional (entre otras, T-471, del 19 de julio de 2017); y como quiera que no se trata del reajuste de la misma no se configuran dichas premisas. Dicha suma deberá indexarse al momento de efectuarse el pago, tal como se ordenó en primer grado.

Por lo expuesto, se modificará la sentencia proferida en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia objeto de estudio, en el sentido precisar que el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez asciende a la suma de $46.090.675, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Confirmase en lo demás.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2017	300	93,110	103,840	1,115	$ 9.634.406,50	$ 10.744.676	$ 107.446.760
2018	360	96,920	103,840	1,071	$ 9.634.408,17	$ 10.322.296	$ 123.867.552
2019	346	100,000	103,840	1,038	$ 10.289.507,6	$ 10.684.625	$ 123.229.342
Total días	**1006**	**Total devengado actualizado a**				**2020**	**$ 354.543.654,0**
Semanas Cotizadas S.C.	143,71	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					$ 2.467.003,56
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					13,000%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				**2020**	**$ 46.090.675,00**

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	$ 46.090.675
Total	**$ 46.090.675**

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NIDIA ESPERANZA SANTANA GOMEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-004-2019-00445-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de junio de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **NIDIA ESPERANZA SANTANA GOMEZ** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR. En consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas que haya recibido con motivo de su afiliación, incluyendo los bonos, aportes, rendimientos y sumas adicionales de la aseguradora. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a recibir su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD. Finalmente, se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 28 de noviembre de 1960 y cotizó en el Instituto de Seguros Sociales-ISS desde el 01 de

septiembre de 1994 hasta el 01 de abril de 1997, momento en el que se trasladó al RAIS, por medio de la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. Explicó que el fondo privado le informó que podría pensionarse a más temprana edad y que el ISS desaparecería, guardando silencio sobre el capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, así como el plazo para retornar al RPMPD, aunado a que no le realizó una proyección pensional. Expresó que en el RPMPD la tasa de reemplazo sería del 90% del IBC, mientras que, en el RAIS correspondería a un 35% del IBC. Por lo anterior, el 17 de octubre de 2018 solicitó el traslado de régimen ante COLPENSIONES, entidad que negó el pedimento. Añadió que el 17 de noviembre de 2018 elevó ante PORVENIR solicitud de nulidad de la afiliación al RAIS, empero fue negada (Fls. 4 a 28).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que no se acreditó la existencia de un error por falta al deber de información o un vicio en el consentimiento, verbigracia, erros, fuerza o dolo. Adujo que el formulario de afiliación fue firmado de manera libre y voluntaria por parte de la actora, máxime cuando no manifestó inconformidad alguna. Resaltó que la demandante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2020 para trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Arguyó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de «Inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «Prescripción», «Caducidad», «Inexistencia de causal de nulidad», «Saneamiento de la nulidad alegada», «No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «Inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 93 a 114).

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que le brindó a la demandante una asesoría profesional y completa, con información clara, veraz y objetiva. Indicó que en la asesoría le informó a la actora sobre el régimen de transición, que el monto de su mesada dependería del capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual, que podría realizar aportes voluntarios, que podría acceder a una garantía de pensión mínima, entre otros. Aseveró que al momento del traslado no era posible realizar una proyección pensional para la demandante, dado que el

valor de la prestación depende de los factores económicos que interfieran al momento de solicitar el reconocimiento. Señaló que la parte actora no acreditó que su voluntad de vio coartada en los términos del literal B del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Añadió que no es procedente la aplicación del precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en tanto la demandante no tenía un derecho pensional consolidado para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «Buena fe» (Fls. 146 a 167).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 29 de junio de 2021 declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante a la AFP PORVENIR S.A. suscrita en el año 1997. En consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros, debidamente indexados por todo el tiempo que la demandante permaneció afiliada a dicha AFP. Igualmente, ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de la demandante, sin dilación alguna. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad de las aseguradoras es de carácter profesional, teniendo el deber de suministrar al afiliado una información completa y comprensible, sobre las condiciones de su traslado, informar las ventajas desventajas, riesgos y características de los dos regímenes sin ningún tipo de parcialidad, pues se debe brindar la información de manera objetiva, aunado a que debe ser brindada al momento del traslado y no con posterioridad, porque se tornaría inoportuna. Encontró que en el evento que el afiliado manifieste que no recibió la información suficiente, la carga de la prueba se invierte en favor de aquel, por corresponder a un supuesto negativo que no puede ser demostrado por quien lo invoca, en esa medida, señaló que en el presente caso PORVENIR S.A. no le brindó la información completa a la demandante al momento de la afiliación, puesto que el formulario de afiliación sólo contiene la fecha de diligenciamiento y los datos personales y laborales de la actora, sin que se deduzca el cumplimiento del deber por parte de la AFP. Explicó que si bien la demandante, estaba afiliada a CAJANAL al momento del traslado, le corresponde a COLPENSIONES recibir su afiliación, dado que, en la actualidad es la única administradora del RPMPD. Agregó que OLD MUTUAL

tampoco cumplió con la carga de la prueba que le correspondía y que no es dable escudarse en que la demandante ya conocía las características del RAIS, puesto que todas las AFP tienen el deber de brindar información a sus afiliados. Así las cosas, encontró viable declarar la nulidad de la afiliación y por ende, el traslado de todos los valores con motivo de la afiliación de la demandante incluidos los frutos, intereses y rendimientos. Con respecto a la excepción de prescripción, aclaró que la acción de nulidad del traslado no está sujeta al fenómeno de la prescripción por estar ligada al derecho pensional de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, argumentando que la vinculación a PORVENIR S.A. cumplió con el lleno de los requisitos legales exigidos para la época en que se realizó el traslado, según lo establecido en la Ley 100 de 1993. En ese orden, consideró que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, máxime cuando para la data del traslado, la AFP no debía cumplir con las obligaciones que se establecieron con posterioridad en la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, sin que sea dable exigir el cumplimiento de dicha normatividad de manera retroactiva. Solicitó tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión, argumentando que se vulneró el principio de legalidad, dado que el A quo exigió el cumplimiento de requisitos legales que surgieron con posterioridad al momento en el cual se realizó el traslado del régimen pensional, desconociendo el avance jurisprudencial del derecho de información. Manifestó que la demandante confesó en el interrogatorio de parte que la AFP le informó que en caso de fallecer sus herederos podrían disponer de lo ahorrado, que podría acceder a la garantía de pensión mínima y que si alcanzaba una mesada pensional superior al 70% de su IBL podría disponer de sus excedentes libremente. Resaltó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, estableció que la falta de información que genere daños injustificados al derecho pensional del afiliado, deriva en la ineficacia de la afiliación, precisando que no se acreditó la existencia de tal perjuicio, puesto que la actora está a la espera del cumplimiento de los requisitos para disfrutar la pensión. Argumentó que la diferencia del valor de la mesada pensional entre uno y otro régimen, no da lugar a una lesión injustificada del derecho pensional de la demandante, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha establecido que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio de la contraprestación, sino la debida atención de las contingencias a las

que se exponen los afiliados y sus beneficiarios. Reiteró que debe tenerse en cuenta la vulneración al principio de legalidad, la inexistencia de una lesión injustificada al derecho pensional de la demandante y que la AFP brindó la información debida al momento del traslado. Solicitó que, en caso de confirmar la decisión, se modifique la orden de devolver los gastos de administración y seguros previsionales.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de

trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 31 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de noviembre de 1960, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y PORVENIR, el 17 de octubre de 2018 (fl. 32 a 38), es decir, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, ni siquiera estaba afiliada al sistema general de pensiones, apenas inició su vida laboral y se afilió al sistema el 01 de septiembre de 1994 con CAJANAL (fl. 45 y Cd. Fl. 119), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 06 de octubre de 1995, según información registrada el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. (fl.43).

En tal sentido, sin necesidad de realizar mayores elucubraciones, de entrada, el traslado deviene en eficaz pero por la potísima razón de que COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. en este caso en particular, incumplió con lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de año 1993, el cual prescribía que *«Una vez efectuada la*

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional», es decir que, a partir del momento de la escogencia inicial de régimen pensional, el afiliado debía permanecer un mínimo de 3 años en dicho régimen, circunstancia que la AFP demandada incumplió ya que la afiliación de la accionante al Régimen de Prima Media se produjo el 01 de septiembre de 1994, tal como se deduce del registro de movimientos aportado por PORVENIR y el respectivo formulario de afiliación, y dado que el traslado al Régimen de Ahorro Individual se produjo el 06 de octubre de 1995, sólo contaba con 1 año de haber escogido su inicial régimen pensional, siendo pues obligación de dicha AFP hacer el análisis de la eficacia de la solicitud de traslado por el tiempo de permanencia mínima requerida para un traslado válido y como tal circunstancia fue pasada por alto no queda otro camino que declarar su ineficacia, ya que de haber hecho el análisis adecuado de la solicitud la tenía que haber desestimado o rechazado aún contra la voluntad de la interesada, por expreso mandato legal.

Ahora, si bien no se aportaron elementos de juicio que den cuenta de que se hayan efectuado cotizaciones a la AFP COLPATRIA, pues la historia laboral del Régimen de Prima Media que aporta PORVENIR da cuenta que la demandante cotizó al RPMPD entre el 01 de septiembre de 1994 y el 31 de marzo de 1997 (fl. 45), no obstante, si se obviara tal afiliación se llegaría a la misma conclusión porque, incluso, la demandante suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR el 21 de febrero de 1997, con efecto a partir del 01 de abril de 1997 (fl. 228), es decir, a 02 años y 06 meses de la escogencia inicial del régimen de pensiones. En ese sentido, se tiene igualmente como invalida la afiliación efectuada al RAIS.

Así las cosas, no resulta necesario verificar el requisito de información, pues al tenor de lo señalado, todo lo expuesto deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, cuya consecuencia, se precisa a la parte recurrente, es la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Sobre este puntualísimo aspecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

Por otro parte, en el contexto de la afiliación al RAIS así verificada, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está invalidando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio del RPM al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, y como ya se indicó, con todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliado a dicha Caja, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliada al régimen de prima media con prestación definida, es decir, que siendo hoy Colpensiones la única administradora del mismo, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado irregular de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la

cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

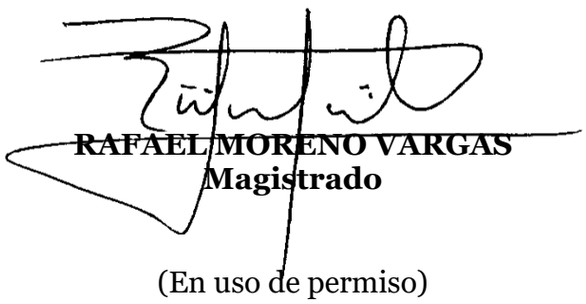
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de primera instancia, pero por las precisas razones aquí expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por FANNY MARCELA DUQUE ESLAVA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-005-2019-00026-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y los apoderados judiciales de las accionadas SKANDIA y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de mayo de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **FANNY MARCELA DUQUE ESLAVA** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., así como su vinculación a la AFP SKANDIA, por cuanto fue inducida a error. En consecuencia, se ordene a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas que haya recibido con motivo de su afiliación, incluyendo los bonos, aportes, sumas adicionales, frutos e intereses. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPMPD. Finalmente, se condene a las demandadas a lo Ultra y Extra Petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 11 de junio de 1962 e inició sus cotizaciones en pensiones el 05 de marzo de 1980, mediante el Instituto de Seguros Sociales. Expresó que en septiembre de 1997 suscribió formulario de afiliación al RAIS, a través de la AFP COLFONDOS, luego de que un asesor del fondo privado le indicara que tendría unas condiciones más favorables en el RAIS, sin explicarle de manera clara y precisa la naturaleza de dicho régimen, haciéndola incurrir en un error. Señaló que en agosto de 2013 se afilió a la AFP SKANDIA, no obstante, el fondo privado tampoco le informó de manera clara y concreta los beneficios, desventajas y riesgos de permanecer en el RAIS. Manifestó que según la proyección pensional efectuada por OLD MUTUAL, en el RAIS su mesada pensional sería de $3.338.985, mientras que en el RAIS ascendería a $5.686.573. Adujo que el 25 de septiembre de 2018 presentó peticiones ante COLPENSIONES y SKANDIA solicitando su traslado de régimen, no obstante, las entidades negaron su pedimento por improcedente (Fls. 1 a 22).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS, tiene plena validez, por cuanto fue libre y voluntaria, aunado a que no existe causal que conlleve a su nulidad o ineficacia. Adujo que la parte actora debe probar la existencia de un engaño por parte de la AFP, por ende, el vicio en el consentimiento alegado. Formuló como excepciones de mérito las de «Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual», «Cobro de lo no debido», «Falta de causa para pedir», «Inexistencia del derecho reclamado», «Prescripción», «Buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 92 a 102).

La **AFP OLD MUTUAL S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la afiliación de la demandante tiene plena validez, pues se efectuó con el lleno de los requisitos legales, aunado a que la selección del régimen pensional es un acto voluntario del afiliado. Manifestó que la elección libre y voluntaria de la demandante, se materializó con la firma del formulario de afiliación, con el que aceptó todas las condiciones propias del RAIS. Agregó que no basta con alegar la existencia de un vicio en el consentimiento, sino que debe ser determinado y demostrado. Señaló que la AFP siempre ha capacitado a sus funcionarios para brindar asesorías integrales a los afiliados. Adujo que cumplió con todos los parámetros legales a la hora de

brindar información a la demandante, precisando que fue cierta, suficiente y oportuna. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «Buena fe» y «genérica» (Fls. 119 a 126).

Finalmente, la **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que brindó la información completa a la demandante sobre las implicaciones del traslado de régimen, incluyendo las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes. Manifestó que no se pueden aplicar los efectos de la ineficacia estatuida en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, puesto que la afiliación provino de la demandante y no se realizó bajo coacción o presión, tal como lo expresó aquella en el formulario de vinculación a la AFP. Afirmó que no es dable declarar la ineficacia de un acto que nació a la vida hace 22 años y fue ratificado por la actora, por cuanto no manifestó inconformidad alguna durante todo ese lapso, ni retornó al RPMPD dentro de las oportunidades que otorga la ley. Resaltó que si la parte actora alega un error de derecho, es menester recordar que aquellos no vician el consentimiento; si por el contrario, alega un error de hecho, se debe tener en cuenta que sólo se vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o sobre la identidad de la cosa específica, circunstancias que no ocurrieron. Igualmente, aclaró que no existió una conducta dolosa por parte de la AFP y tampoco fue acreditada tal situación. Argumentó que en caso de considerar que la afiliación de la demandante al RAIS estuvo viciada de nulidad, es procedente declarar la prescripción de la acción, de conformidad con el artículo 1750 del Código Civil. Formuló como excepciones de mérito las de «Falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «Buena fe», «compensación y pago», «Saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (Fls. 151 a 172).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 18 de mayo de 2021 declaró la nulidad del traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS, mediante la AFP COLFONDOS S.A. En consecuencia, ordenó a OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos financieros, frutos e intereses de la actora. Igualmente, ordenó a COLPENSIONES a

recibir los valores que le sean trasladados y actualizar la historia laboral de la demandante. Condenó en costas a COLFONDOS S.A. y a OLD MUTUAL.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, indicó que conforme con la jurisprudencia, los defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia del error, fuerza o dolo impactan negativamente la libertad individual, puesto que impiden que el consentimiento sea auténtico y espontáneo, atentando contra la autonomía privada, por cuanto somete al sujeto a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad. Explicó que no se acoge a la teoría de la ineficacia sino a la de la nulidad del traslado, por lo que precisó que es se trata de una nulidad saneable, siempre que se demuestre que la demandante salió de ese error al que fue inducida. Sostuvo que de conformidad con los criterios jurisprudenciales, la acción con la que se pretende la nulidad o la ineficacia no está sujeta a los términos prescriptivos, por su estrecha relación al derecho fundamental e irrenunciable a la Seguridad Social. De igual manera, refirió que la carga de la prueba la ostentan las administradoras de fondos de pensiones, siendo la AFP COLFONDOS, quien debía haber suministrado una información cualificada, amplia, oportuna y suficiente, empero no acreditó el cumplimiento de su deber.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, argumentando que la demandante esta válidamente afiliada al RAIS, toda vez que no existen vicios en el consentimiento, al momento del traslado de régimen de la demandante, tal como aquella lo aceptó en el interrogatorio de parte. Afirmó que la demandante ratificó su decisión de permanecer en el RAIS con su traslado horizontal a la AFP SKANDIA, aunado a que no procede su retorno al RPMPD, por cuanto, está inmersa en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003. Aseveró que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado, en tanto la demandante ya tiene la edad para adquirir el derecho pensional y tiene la densidad de semanas suficientes para pensionarse en el RAIS. Señaló que la demandante actuó negligentemente porque no se preocupó por su situación pensional sólo hasta cuando se fue a pensionar. Afirmó que financieramente no es sostenible para COLPENSIONES asumir la pensión de la demandante, con los ahorros de otras personas que están cotizando en la administradora, pues ello contraría el artículo 48 de la Constitución Política.

La apoderada judicial de la **AFP OLD MUTUAL** formuló recurso de apelación parcial, respecto a la condena en costas y agencias en derecho, argumentando que

la condena tiene un contenido objetivo valorativo, que debe ser analizado en conjunto con las tasas de liquidación dispuestas por el Consejo Superior de la Judicatura. En ese orden, manifestó que en el sub lite se desplegaron las acciones de defensa normales y el aparato jurisdiccional no incurrió en movimientos extraordinarios, por tanto, solicitó que revise la liquidación establecida como agencias en derecho y costas procesales, a fin de determinar las que correspondan conforme con las gestiones adelantadas y las tasas del CSJ.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio,

incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 27 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 11 de junio de 1962, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y SKANDIA el 25 de agosto de 2018 (Fls. 40 a 48), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía aproximadamente 705 semanas cotizadas al ISS (fl. 29-30, 134-135) por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según la certificación emitida por COLFONDOS obrante a folio 173, acaeció el 29 de agosto de 1998, sin que observe la Corporación la prueba del hecho o acto jurídico de afiliación primigenio que evidencie las situaciones y/o condiciones iniciales en las que supuestamente el aquí demandante manifestó su libre y espontánea voluntariedad de traslado.

---

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún allegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que

resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, pues la AFP demandada no demostró siquiera el acto de afiliación, con lo cual puede concluir esta Corporación que no se logró demostrar la suscripción del formulario de afiliación del actor al RAIS; circunstancia por lo cual, al no existir una prueba fehaciente que enrostre el procedimiento con el cual se trasladó de régimen pensional la demandante, más exactamente su formulario de afiliación, es por lo que atendiendo lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dentro del presente asunto no hay prueba si quiera sumaria que advierta que el traslado que ostenta la actora en la actualidad como afiliada al RAIS lo haya efectuado en forma libre y voluntaria según lo dispuesto en la norma, aspecto que también conlleva a que no se dé aplicabilidad a lo regulado en el literal e) del mentado artículo 13 de la Ley 100, el cual fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.y que refiere a la escogencia de régimen de la preferencia de la afiliada.

De este modo, es claro que no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, en gracia de la discusión, si se hubiera aportado el acto de afiliación a COLFONDOS, a efecto de zanjar cualquier duda, éste no constituiría en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió no sólo aportar el documento contentivo del acto de afiliación sino que, tampoco demostró que al momento del traslado de régimen (29 de agosto de 1997), hubiese cumplido con el deber de información para

con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Sobre este puntualísimo aspecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de

debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada SKANDIA, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencida en estricto sentido la AFP recurrente, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, precisando en lo que refiere al monto de la misma, que no es esta la oportunidad procesal para controvertirla en los términos estipulados por el artículo 366 del CGP.

En ese sentido, se **modificará** la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ.** Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GERARDO CAÑAS JIMENEZ contra COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-017-2019-00764-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de julio de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **GERARDO CAÑAS JIMENEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, efectuada a la A.F.P. PORVENIR el día 30 de julio de 2004; en consecuencia, se registre, active y actualice su afiliación en la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES —COLPENSIONES. Asimismo, solicitó se devuelva a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual, finalmente, se condene a las demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 31 de enero de 1963; laboró para el empleador DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, del 02 de

noviembre de 1983 hasta el 07 de julio de 1987, del 11 de enero de 1990 al 09 de mayo de 1993, del 01 de mayo de 1995 hasta el 31 de julio de 1997, y del el 01 de octubre de 1997 al 30 de noviembre de 1997, arguyó que laboró para el empleador MUNICIPIO DE BELLO en el cargo de Secretario Tramitador, desde el 30 de junio de 1988 hasta el 13 de septiembre de 1989, de la misma manera, señaló que laboró para el empleador FUERZA PROGRESISTA F desde el 07 de enero de 1994 hasta el 23 de septiembre de 1994, también comentó que laboró para el empleador ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA en el cargo de Diputado, del 01 de enero de 1995 hasta el 30 de abril de 1995, del 01 de agosto de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1997; igualmente, expuso que laboró para el empleador CAMARA DE REPRESENTANTES en el cargo de Representante, desde el 20 de julio de 1998 hasta el 19 de julio de 2002. A su vez, mencionó que laboró para el empleador CORPORACION SERVIR A desde el 01 de agosto de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1997 y del 01 de octubre de 1997 hasta el 28 de febrero de 1998. Adujo, además, que laboró para el empleador NUEVA FUERZA DEMOCRATICA desde el 01 de abril de 1998 hasta el 30 de junio de 1998. Así las cosas, indicó que cotizó al Instituto de Seguros Sociales-ISS, un total de 1817.75 semanas antes del traslado de régimen pensional, informó que, en julio de 2004, se afilió a la AFP PORVENIR, a efectos de vincularse al RAIS. Explicó que la A.F.P. PORVENIR no le informó al momento de la afiliación, las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, ni la naturaleza propia de este régimen de capitalización, tampoco le brindó información sobre las desventajas de afiliarse al RAIS y mucho menos lo ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional, de manera que, durante la permanencia en el RAIS, nunca recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional. En razón de lo anterior, el día 21 de febrero de 2019, solicitó ante la A.F.P PORVENIR, se procediera a anular su afiliación y se procediera a registrarlo en el sistema de información de los fondos privados. De igual forma, el día 19 de febrero de 2019 radicó ante COLPENSIONES la solicitud de nulidad y activación de la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, manifestando que había existido vicio en su consentimiento al momento de afiliarse al RAIS. Por último, agregó que la AFP PORVENIR mediante oficio calendado el 04 de marzo de 2019, le manifestó que no es procedente realizar la anulación de la afiliación, y en igual sentido, COLPENSIONES a través de oficio calendado del 25 de febrero de 2019, le expresó que tampoco es procedente anular la afiliación (Exp. Digital. 2019-764 Pág. 2 a 30).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el señor Gerardo De Jesús Cañas Jiménez, nació el 31 de enero de 1963, razón por la cual, a la fecha cuenta con 53 años de edad, es decir, está incumpliendo con el requisito de edad para tener derecho a la pensión de vejez, sin embargo, dado que se afilió en principio al RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, luego se trasladó al RAIS ante la AFP. PORVENIR S.A., dicho traslado tiene plena validez, conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Manifestó que, en ese orden de ideas, y de conformidad con la norma en cita, el traslado a la fecha goza de plena validez, agregó que es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales y entre las diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones, cuando el afiliado haya adquirido la calidad de pensionado o recibido la devolución de aportes, por ello no está llamada a prosperar la nulidad de traslado aducido por el demandante y mucho menos el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES cuando el traslado goza de plena validez. Aunado a lo anterior, indicó que el accionante, debe demostrar en la demanda, la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legitima ocasionada por la decisión de trasladarse al RAIS, toda vez que, de permanecer en PORVENIR S.A., administradora en la cual se encuentra actualmente, conserva su posibilidad pensional, pues podría acceder al reconocimiento y pago de una Prestación Económica por Vejez. De igual forma, adujo que tampoco se demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilió al RAIS administrado por PORVENIR S.A., como se alega en la demanda, además precisó que para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha. Formuló como excepciones de mérito las de «el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento», «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «cobro de lo no debido», «buena fe» e «innominada o genérica» (Exp. Digital. 2019-764 Págs. 125 a 134).

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que el demandante no allegó prueba de las razones de hecho que sustentan la nulidad y/o

ineficacia de la afiliación, así mismo, pretende imponer una carga adicional que para la fecha de traslado no estaban a cargo de las AFP, ya que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabezada obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, mencionó que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de Régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que fue modificado a su vez por el Decreto 2555 de 2010. Finalmente, reiteró que es indispensable que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las administradoras de fondos de pensiones en relación con el traslado de régimen pensional. Sin embargo, destacó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado como norma aplicable a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en pensiones en lo relacionado con el deber de información, el numeral 01 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Como excepciones de fondo propuso las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad» «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Exp. Digital Págs.158 a 185).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 08 de julio de 2021, declaró que el traslado del accionante al RAIS administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos., en razón a ello, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, y por tanto, indicó que el señor CAÑAS JIMÉNEZ, se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, y esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación nuevamente sin solución de continuidad. Por lo tanto, PORVENIR S.A., debe trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con todo con sus frutos e intereses, en la forma que lo dispone el Artículo 1746 del Código Civil y con los rendimientos que se hubieren causado, sin autorizar a PORVENIR S.A., a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio, por consiguiente, COLPENSIONES debe recibir el traslado de fondos a favor del demandante que efectúe la AFP PORVENIR S.A., y convalidarlos en la

historia laboral del demandante. Las costas y agencias en derecho correspondieron a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló en principio que, el demandante para el 01 de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios cotizados, no reuniendo la cantidad necesaria de cotizaciones para poder retornar de manera automática y en cualquier momento al régimen de COLPENSIONES, quedándole como única alternativa que se declare la nulidad o ineficacia como lo deprecó en su traslado, al considerar que se incurrió en un vicio que afecta ese consentimiento, manifestó que se para la realización del cambio de régimen no se proporcionó información suficiente, incumpliendo con lo que la jurisprudencia ha denominado el deber del buen consejo, en ese sentido, advirtió que, al remitirse al formulario de afiliación, en el mismo se consignó únicamente información de carácter general respecto del futuro afiliado, de modo que, arribó a la misma conclusión, en el entendido que al momento del cambio de régimen, no se le brindó al demandante una información clara, precisa y detallada acerca de los regímenes pensionales vigentes en ese momento, de lo cual la accionada PORVENIR S.A. no aportó prueba de la debida asesoría, con elementos de juicio objetivos. En tal medida, halló ineficaz el traslado del actor al RAIS, ordenando su retorno al RPMPD en los términos indicados.

RECURSOS DE APELACION

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.,** presentó recurso de apelación, argumentando que se violó el principio de legalidad al exigirse requisitos legales que surgieron con posterioridad al momento del acto demandado, pues para el momento en que se realizó el traslado, no existía obligación legal o jurisprudencial que obligara a las AFP a conservar un soporte documental diferente al formulario de afiliación aportado, adujo que no existe documental alguna que en la que conste la asesoría verbal proporcionada al demandante, detalló que no se valoró que el consentimiento informado para la libre escogencia del régimen se materializó con la suscripción de la solicitud o formulario de afiliación, y advirtió que el accionante en su calidad de abogado tenía deberes adicionales. Adujo que no se evidenció lesión injustificada, agregó que tampoco procede la condena por devolución de gastos de administración, pues esta no forma parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos al fenómeno prescriptivo, aunado a ello, resaltó que no hay norma que así lo disponga, siendo objeto de devolución únicamente la devolución del saldo y sus rendimientos.

A su vez, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, arguyendo que se viola el principio de legalidad, señaló que la solicitud de traslado de regímenes pensionales es improcedente cuando el afiliado haya adquirido la calidad de pensionado o recibido la devolución de aportes, por ello estima que no está llamada a prosperar la nulidad y mucho menos el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, añadió que no se demostró que el demandante fuera engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, aun mas cuando permaneció en el RAIS, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño de administración, destacó que para el momento de la afiliación, no existían normatividades distintas a las que exigían a los fondos privados únicamente la firma del formulario de afiliación, dichas situaciones surgieron con posterioridad a la afiliación, situación que no se puede aplicar retroactivamente para beneficiar al demandante, retornando nuevamente al RPMPD, sostuvo que no se le dio trascendencia al documento de afiliación donde consta la validez del acto, aunado a que por su profesión de abogado debe tener conocimiento sobre los regímenes pensionales. Solicitó se reconsideren los gastos de administración, por cuanto COLPENSIONES no puede asumir una conducta pasiva tanto del demandante, que duro por más de 14 años afiliado en el RAIS y ahora pretende devolverse nuevamente al RPMPD, situación que conlleva a que es necesario que se trasladen completamente todos los aportes del demandante, incluyendo los gastos de administración, para así no afectar los intereses de los demás afiliados que se encuentran en COLPENSIONES.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora solicitó se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 33 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 31 de enero de 1963, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR y COLPENSIONES, el 21 y 19 de febrero de 2019 respectivamente (fls. 60 a 70), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte,

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía el equivalente a 384 semanas entre tiempos servidos al sector público y cotizado al ISS (fl. 34 a 41), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 30 de julio de 2004, según información registrada el formulario de afiliación a PORVENIR (fl.56).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (30 de julio de 2004, Fl. 56), plasmado en el formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará

una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (30 de julio de 2004, fl. 56), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquel cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resuelta tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ELENA MARÍA CHAIN SACCA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y OTROS. S.A. Rad 110013105-035-2019-00596-01.

Con la finalidad de resolver los recursos interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las accionadas COLPENSIONES, PROTERCCION S.A. Y SKANDIA S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de diciembre de 2020. De igual manera, se revisará la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ELENA MARIA CHAUN SACCA**, pretende que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, se declare que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada en el RPMPD en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones — Colpensiones. Que se ordene el traslado de sus aportes realizados al RPMPD. Que se condene a Colpensiones y AFP Protección, a cancelar las costas procesales, incluidas las agencias en derecho, más lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que, nació el día 04 de abril de 1965, manifestó que cotizó al RPMPD, en el período comprendido entre el 02 de octubre de 1986 al 31 de marzo de 2000, un total de 509.57 semanas. Indicó que el día 01° de abril del 2000, se trasladó del RPMPD al RAIS — AFP Protección. Adujo que la decisión de trasladarse del RPMPD al RAIS, no fue una decisión informada, autónoma y consciente, teniendo en cuenta que no se le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional. Expresó que el día 26 de septiembre de 2018, radicó un Derecho de Petición ante la AFP Protección, solicitando copia del formulario de afiliación. Asimismo, indicó que la AFP Protección, con oficio del 24 de octubre de 2018, le allegó formulario de Afiliación, certificación y proyección. Mencionó que el día 26 de septiembre de 2018, radicó un Derecho de Petición ante la AFP Protección, solicitando copia de los documentos en que conste la información que le brindaron para proceder al cambio del RPMPD al RAIS. Informó que en Derecho de Petición antes referido, solicitó declarar la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y se ordene el traslado de los aportes realizados hacia el RPMPD. Argumentó que la AFP Protección S.A., a través de comunicación de 18 de octubre de 2018, señaló que esa entidad cuenta con un grupo de asesores idóneos y calificados que brindan una información necesaria con miras a que las decisiones que los afiliados tomen sean las más benéficas para ellos, además, la AFP Protección S.A. señaló que no cuenta con ningún soporte que acredite una asesoría brindada al momento del traslado de régimen. Manifestó que el día 26 de septiembre de 2018 radicó Derecho de Petición ante Colpensiones, solicitando se declare la nulidad del traslado de régimen realizado, hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se ordene el traslado de los aportes realizados del RAIS al RPMPD, solicitud que fue denegada (Fls. 05 a 20).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, y en su lugar solicitó, se absuelva de las mismas, en razón a que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, asimismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, contrario a ello, comentó que

observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, igualmente, estimó que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Agregó que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión que tomó la demandante en trasladarse de régimen, por lo cual una decisión autónoma libre y voluntaria, no puede cargar impositivamente a la entidad. Finalmente añadió que la demandante no reúne los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición y poder regresar al régimen de prima media en cualquier momento, así como tampoco puede hacerlo por cuanto a la fecha en que solicitó la nulidad y/o ineficacia de la afiliación cuando ya le faltaban 4 años para la edad mínima para la pensión. Propuso como excepciones las de «descapitalización de sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fl. 109 a 137).

A su turno, la **AFP PROTECCION S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitó se absuelva de todas y cada una de ellas, argumentando para tal efecto que el formulario de vinculación que suscribió la señora ELENA MARIA CHANIN SACCA, se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera, cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Protección. Argumentó que la parte actora, no puede pretender la declaratoria de una nulidad o ineficacia, soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica de un acto jurídico. Presentó como excepciones de fondo las de «falta de integración del Litis consorcio necesario por pasiva», «inexistencia de la obligación y falta para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones», «Innominada o genérica», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» e «inexistencia de la obligación de devolver el seguro

previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» (Fls. 163 a 181).

La **AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS**, contestó la demanda con oposición a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, y en su lugar solicitó, se absuelva de las mismas, en razón a que, al momento del traslado de régimen pensional, este acto jurídico se efectuó por una sola vez, del cual no fue participe AFP SKANDIA, indicó que se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación, esto es, el 01 de diciembre de 2010 al 30 de junio de 2011 y, conforme a los postulados de buena fe. En consecuencia, en lo que respecta a la afiliación con SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, estimó que es totalmente valida, goza de validez y se materializó bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales que regula el acto jurídico, por tanto, argumentó que no existe causal de nulidad alguna que invalide o pretenda invalidar una afiliación al RAIS por la señora ELENA MARIA CHAHIN SACCA. De igual forma, expuso que, SKANDIA ya efectuó el traslado de los recursos de la cuenta individual de la demandante y no cuenta con recurso alguno de la misma. Además, adujo que SKANDIA, siempre ha actuado de buena fe y conforme a los lineamientos vigentes al momento de la afiliación, por lo cual, no puede condenarse o imponer ninguna sanción, correlacionadas con el pago de las costas y agencias en derecho que se hubiesen causado con ocasión a este proceso. Adujo que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación respecto de la entidad, aunado a elllo, explicó que dentro del contenido de la demanda no se establece cual es la naturaleza de la nulidad que pretende, añadió además, que al revisar los documentos que reposan dentro del expediente, la accionante no cuenta con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994. Presentó como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen», «la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado», «ausencia de configuración de causales de nulidad», «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «Ausencia de falta al deber de asesoría e información», «los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante», «prescripción», «buena fe» y «genérica» (Exp. Digital: *«03. MEMORIAL 24 JULIO 2020 - Contestación demanda Skandia SA.pdf»*).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 09 de diciembre de 2020 declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora ELENA MARÍA CHAHIN SACCA al RAIS con la AFP PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, ordenó al fondo pensional privado trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. Condenó a las AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo en que ésta permaneció afiliada en cada una de esas entidades. Así también, condenó a COLPENSIONES a volver a afiliar a la accionante al RPMPD y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la Sociedad Administradora de Pensiones. Asimismo, condenó en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis que, conforme a los documentos obrantes en el expediente y a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia le corresponde al fondo privado, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, demostrar que brindó toda la información a la demandante, para que tomará la decisión que más le fuera favorable en cuanto al régimen pensional; recalcó que si el afiliado alega que no recibió información debida al momento de su afiliación, ello corresponde a un supuesto negativo, que no puede demostrarse materialmente por quién lo invoca, en consecuencia, es obligación de la entidad demostrar que cumplió su obligación mediante todos los medios de convicción que permitan dar certeza que al momento del traslado de régimen, la afiliada contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente; en el mismo sentido, reiteró que son las administradoras de fondos de pensiones, las que deben brindar a sus potenciales afiliados información clara y suficiente, dicha información debe comprender todas las etapas, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, cumpliendo con su deber de buen consejo incluso llegando a desanimar al posible afiliado. Por lo anterior, le correspondía PROTECCION S.A., demostrar que en el año 2000 le dio tal información a la actora en los términos señalados, circunstancia que no se acreditó, resaltó que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y la actora logró demostrar que en efecto la omisión del fondo le ocasionó un perjuicio o una lesión a su derecho pensional; pues advirtió que en

documentales aportadas, PROTECCION le realizo una proyección pensional demostrando que el monto de la pensión que le correspondería en el Régimen de Ahorro Individual resulta inferior al que eventualmente le fuera reconocido en el Régimen de Prima Media, evidenciándose con ello, que le asiste razón a la parte demandante en su manifestación, siendo notable la diferencia entre una y otra mesada y no siendo este cálculo cuestionado ni desconocido por las demandadas, lo que acreditó que en efecto se generó un perjuicio con ocasión al traslado de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **SKANDIA** apeló la decisión parcialmente, argumentando para tal efecto que fue acreditado por parte de la entidad, a través del certificado de traslados, que desde el año 2011, trasladó los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mencionó que el fallo se apartó de disposiciones de orden legal, generando un perjuicio patrimonial, fiscal y financiero para la entidad, siendo inviable efectuar el traslado, máxime cuando desde el año 2011 la entidad no cuenta con recurso alguno de la accionante, finalmente, solicitó acoger la figura de la prescripción trienal, frente al 3% de los gastos de la administración, dado que este porcentaje tiene una destinación diferente al cubrimiento de la pensión del demandante.

Por su parte, la apoderada judicial de **PROTECCION S.A.** apeló la decisión parcialmente, argumentando para tal efecto que en cuanto a las comisiones de administración, este descuento se realizó como consecuencia de una disposición legal, valida, exequible, aplicable y vigente, indicó que de darse la nulidad del traslado no deberían tenerse en cuenta los rendimientos financieros generados, pues la consecuencia jurídica sería que las cosas vuelvan al estado anterior y estos se generaron con posterioridad a la afiliación , por lo que en ese sentido solo habría lugar a trasladar los aportes pero sin los rendimientos generados y sin las cuotas de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la demandante, descuentos que se realizaron conforme a la ley y como contraprestación de una buena gestión. En cuanto al seguro previsional, solicitó no ser condenada a devolver el valor de dicho seguro, toda vez que de la cuenta de ahorro individual se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora para que, en caso de sinestro de invalidez o sobrevivencia, esta pagara una suma por dichos conceptos y la cual ya fue pagada, no pudiendo devolver estos montos.

A su vez, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión parcialmente, argumentando para tal efecto que la demandante escogió de manera libre y voluntaria, realizar el traslado del Régimen de Ahorro Individual y luego, en julio de 2011, ratificó su decisión de pertenecer al RAIS, posterior a los traslados horizontales de los años 2000, 2007 y 2011, teniendo plena capacidad de decisión y ante el riesgo común de su familia de no poder heredar los aportes realizados, argumentó que de aceptar el retorno al RAIS de la accionante generaría la descapitalización del sistema pensional, finalmente solicitó que de ratificarse la decisión, se adicione autorizar a COLPENSIONES para obtener el valor de los perjuicios que se le causaron a la actora por las omisiones alegadas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el demandante presentó alegaciones, solicitando se confirme el fallo de primera instancia. A su turno, la accionada COLPENSIONES, presentó alegaciones en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la sentencia, y en caso de confirmar se condicione su cumplimiento. La demandada AFP SKANDIA presentó alegaciones en similares términos a lo expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque parcialmente la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba

en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 11 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 04 de abril de 1965, por lo que cumpliría 57 años el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 26 de septiembre de 2018 (Fl. 32 y 33), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 201 semanas cotizadas (fl. 12), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 01 de abril de 2000 (Fl. 18 vto.), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCION S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio

más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCION S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (01 de abril de 2000, Fl, 18), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCION S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCION S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte, la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, así como el hecho de denotarse algunas contradicciones en su dicho versus lo afirmado en la demanda, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCION S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (01 de abril de 2000), el deber de información para con la promotora del juicio, en los

términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que los fondos privados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se

está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que la parte actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

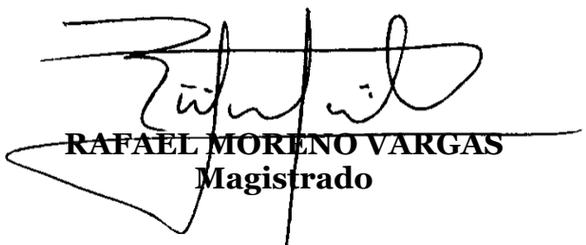
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por MARÍA ALEJANDRA OVALLE MORALES contra MARTHA ISABEL REY QUEVEDO. Rad. 110013105-029-2018-00536-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA ALEJANDRA OVALLE MORALES** instauró demanda ordinaria laboral contra la señora **MARTHA ISABEL REY QUEVEDO,** con la finalidad de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, finalizado sin justa causa por parte de la demandada, mientras estaba en estado de embarazo. En consecuencia, se condene a la accionada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones por todo el tiempo laborado, junto con la licencia de maternidad. Igualmente, se condene al pago de las indemnizaciones de que tratan los artículos 64, 65 y 239 del CST, más las sanciones por no consignación de cesantías y por no pago oportuno de intereses a las cesantías. A su vez, se condene a la afiliación y pago de aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales. Finalmente se condene a la indexación de las sumas pretendidas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 23 de junio de 2016 inició a trabajar en el establecimiento de comercio de propiedad de la demandada, denominado SURTI FRUVER EL MANA, en el que desempeñó el cargo de servicios generales y devengó un salario mínimo mensual legal vigente. Esgrimió que sus funciones hacían parte del giro ordinario del establecimiento de comercio y que siempre recibió órdenes de la accionada, quien además le suministraba los elementos para el desempeño de su labor. Explicó que notificó a la demandada sobre su estado de embarazo, así como de la incapacidad médica que recibió del 19 al 24 de septiembre de 2017, empero fue despedida el día 19 de septiembre de 2017, momento en el que tenía 36 semanas y 6 días de gestación. Explicó que recibió licencia de maternidad anticipada desde el 01 de octubre de 2017 y su hijo nació el día 15 del mismo mes y año. Aseguró que la demandada no la afilió al sistema general de salud, pensiones y riesgos laborales, aunado a que no le pagó las primas de servicios, las vacaciones, las cesantías e intereses a las cesantías por todo el tiempo laborado. Argumentó que la accionada no solicitó autorización al Ministerio del Trabajo para dar por finalizado su vínculo laboral, ni le canceló la licencia de maternidad, ni las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 239 del CST (Fls. 10 a 18).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La accionada **MARTHA ISABEL REY QUEVEDO,** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que no tuvo un vínculo laboral con la demandante, sino que aquella prestó sus servicios mediante un contrato de prestación de servicios desde septiembre de 2016 hasta junio de 2017, fecha en la que la actora decidió no regresar al establecimiento de comercio a prestar sus servicios. Manifestó que la demandante prestaba sus servicios entre 3 a 4 horas diarias de lunes a viernes, en las que se encargaba de arreglar fruta en el establecimiento de comercio, a cambio de una asignación diaria de $15.000. Aceptó que la prestación del servicio fue personal y que la labor desarrollada por la demandante hacía parte del objeto del establecimiento de comercio. Indicó que la demandante no informó sobre su estado de embarazo, ni era notable tal situación, máxime cuando la demandante de manera voluntaria dejó de asistir a prestar el servicio. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de relación contractual de tipo laboral», «inexistencia de la obligación», «buena fe», «inexistencia de indemnizaciones por falta de pago o despido injusto» y «prescripción» (Fls. 23 a 31).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 13 de abril de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 23 de junio de 2016 hasta el 27 de septiembre de 2017, en consecuencia, condenó a la demandada al pago de las prestaciones sociales y vacaciones a favor de la demandante por la suma de $2.577.438, junto con la licencia de maternidad correspondiente a 18 semanas. Igualmente, condenó a la demandada al pago de los aportes a pensión, previo calculo actuarial del fondo al que está afiliada la actora.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que el artículo 24 del CST establece la presunción de que toda prestación de servicios está regida por un contrato de trabajo, la cual puede ser desvirtuada por el empleador, aunado a que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades dicta que prevalece la realidad sobre la forma de los contratos celebrados. Señaló que la demandada aceptó que el vínculo comenzó al 23 de junio de 2016; que la demandante recibía sus órdenes y que la actividad desarrollada por aquella era propia del establecimiento de comercio. Por ende, encontró probada la relación laboral entre las partes, estimando que era procedente el pago de las prestaciones sociales y vacaciones. Aseveró que no es dable el pago de los aportes a salud y ARL porque son coetáneos con la prestación del servicio, mientras que sí procede el pago de los aportes a pensión por ser imprescriptibles. De otro lado, manifestó que para que haya lugar a la protección del fuero maternal contenida en el artículo 239 del CST, es necesario, acreditar que la trabajadora fue despedida en estado de embarazo. En ese orden, señaló que no se acreditó con suficiencia que la demandante fue despedida, puesto que, si bien se probó que la empleadora conocía el embarazo de la actora por ser notorio, no se probó el despido de la trabajadora, máxime cuando los testigos de la demandada fueron claros, contestes y coherentes al manifestar que aquella de manera libre dejó de asistir al establecimiento de comercio. Sin embargo, consideró pertinente el pago de la licencia de maternidad, por cuanto la demandada no la afilió al sistema de salud a la demandante. Respecto de las sanciones del artículo 99 de la Ley 50 de 1999 y el artículo 65 del CST, aclaró que aquellas no operan de manera automática, sino que se debe probar la mala fe del empleador. Resaltó que no se probó la mala fe de la demandada, dado que la testigo Olga Janeth Rey Quevedo, declaró que la demandante no quiso aceptar la liquidación de prestaciones sociales, pese a que le fue presentada en dos oportunidades, la primera, por el administrador del establecimiento de comercio y la segunda, por el contador.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la demandante interpuso recurso de apelación, solicitando el reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del CST. Resaltó el hecho de que, si la demandada hubiese reconocido la relación laboral y la liquidación de las prestaciones, no habría contestado la demandada tratando de ocultar la relación laboral, mediante la existencia de un contrato de prestación de servicios, contrario sensu, habría allegado la liquidación de prestaciones sociales para probar su buena fe. Arguyó que en caso de que la demandante no hubiera recibido la liquidación, la demandada debió consignar la suma en un depósito judicial. Frente al pago de la indemnización del artículo 64 del CST y la sanción por despido en estado de embarazo, indicó que la demandante manifestó que fue despedida, siendo la parte demandada la obliga a acreditar que ello no fue así. Explicó que no hay prueba fehaciente de que la demandante se retiró de manera libre y voluntaria de la relación laboral.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada allegó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. La demandante guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS y dando alcance a la materia objeto de reproche por la demandante, establecer la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa; asimismo, se verificará si hay lugar al pago de la sanción consagrada en el artículo 65 del CST.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, en primera medida, no es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 23 de junio de 2016 y el 19 de septiembre de 2017, pues así lo declaró la primera instancia, sin que haya sido objeto de debate, así como el salario devengado, y los valores allí liquidados, por lo que estas declaraciones se mantendrán incólumes en virtud del referido principio de consonancia.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Para la resolución del primero de los problemas jurídicos planteados, la parte actora aduce que la desvinculación ocurrió de forma unilateral por parte del empleador y sin justa causa, con conocimiento de su condición de salud, generándole un estado de vulnerabilidad. Empero de entrada se observa que tal predicamento no cuenta con sustento probatorio alguno, pues de acuerdo con la distribución de la carga de la prueba, le corresponde al trabajador acreditar el rompimiento del vínculo por parte del empleador, para que entonces, se traslade a él la obligación de probar la ocurrencia de los hechos en los cuales fundó su determinación, y así poder exonerarse del pago de la indemnización por despido injusto y/o el respectivo reintegro (CSJ sentencias SL15094 de 9 sept. 2015 rad. 40607 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras muchas).

En este orden, revisado el haz probatorio encuentra la Sala que la parte demandante no acreditó el hecho del despido, siendo lógico que la Sala se releve de tal estudio, pues según lo declarado en primer grado se determina que la vinculación laboral se dio hasta el 19 de septiembre de 2017, empero de las pruebas que se recaudaron, no se aportan elementos de juicio en aras de demostrar las circunstancias que dieron origen a la terminación, esto es, si la actora se retiró como lo indican las accionadas o en su defecto fue despedida, ni cuáles fueron las razones, para verificar entonces cuales fueron las razones que rodearon su despido.

En este orden de ideas, contrario a lo que sostiene la parte recurrente, al no estar acreditado el hecho del despido, no hay lugar a imponer la indemnización pretendida, lo cual es suficiente para confirmarse la decisión en este sentido, pues en este caso no se trata de negaciones indefinidas, sino que se debe demostrar por quien pretende la indemnización el hecho objetivo y las razones del despido, para que así, se traslade al empleador la carga de demostrar justeza o no del mismo, lo cual no ocurrió en la presente causa.

SANCIÓN MORATORIA (Art. 65 CST)

Finalmente, en lo que refiere a esta sanción, como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, la indemnización moratoria pedida tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su

imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

En el caso concreto, la buena fe se haya desvirtuada en razón a que pese haberse ejecutado en la realidad un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad; la Sala resalta que no basta con argüir la inexistencia de un contrato laboral, o ampararse bajo el convencimiento de estar actuando conforme los parámetros de oro tipo relacionamiento contractual, para lograr la exoneración de las sanciones moratorias, sino que es necesario que concurran otras razones atendibles que justifiquen esa sustracción de las obligaciones propias del contrato de trabajo que resultó demostrado.

En el sub examine, se estima que no existe una razón valedera para exonerar del pago de la indemnización reclamada, además de que, con la valoración probatoria realizada, se arriba a una conducta mal intencionada por parte de la empleadora, al querer ocultar la existencia de la relación laboral, con la finalidad de birlar derechos sociales de rango superior; quedando probado que no le pago seguridad social integral, estando la actora en estado de embarazo, sin que sea de recibo, n manifestación de buena fe lo dicho por la testigo **OLGA JANNETH REY QUEVEDO,** en el sentido que el administrador del *FRUVER* donde prestaba los servicios la actora, le haya entregado la liquidación y que ella no quiso aceptarla, pues en primer lugar, de ello no hay siquiera prueba sumaria que dé cuenta de esa liquidación, y si en verdad era su querer pagar lo que creía adeudar, debió al menos ponerla a órdenes de un juzgado realizando el pago por consignación.

En tal medida para la Sala, contrario a lo que se concluyó en primer grado, tal proceder de la accionada no es justificativo y coloca a la demandada en el sendero de la mala fe, con el consecuente e inexorable pago por parte de la demandada de esta indemnización; la cual, debe calcularse teniendo términos del citado artículo 65 del CST, con la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 797 de 2002, que regula consecuencias jurídicas disimiles, la primera, cuando la demanda es presentada dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato y, la

segunda, con posterioridad a dicha calenda, empero esta precisa circunstancia sólo es aplicable para los trabajadores que devenguen salarios superiores al mínimo legal mensual vigente, toda vez que ello es lo que se desprende del parágrafo 2 (ver CSJ SL649-2018).

Vale advertir, además, que mediante sentencia C-038 de 2004, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del 2º inciso del parágrafo 2º del artículo 65 del CST, en el sentido de que en tratándose de trabajadores que devengan hasta un salario mínimo, la indemnización correspondería a un salario diario desde la terminación de la relación laboral, hasta la satisfacción de las obligaciones adeudadas. Situación que es la que ocurre en el presente caso, de modo que la sanción moratoria debe otorgarse hasta tanto se haga efectivo el pago de las prestaciones sociales adeudadas a la demandante, pues como quedó establecido en primera instancia, el salario devengado por la señora MARIA ALEJANDRA OVALLE MORALES era el equivalente al mínimo legal mensual vigente. Motivo por el cual, habrá de revocarse parcialmente la sentencia objeto de impugnación en este único aspecto, para condenar a la demandada reconocer y pagar a la demandante por concepto de sanción moratoria del artículo 65 del CST, la suma de $24.591.oo diarios desde el 20 de septiembre de 2017 hasta que se efectúe el pago total de la deuda por prestaciones sociales que se fulminó en primera instancia.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, la sentencia se revocará parcialmente en los términos expuestos. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

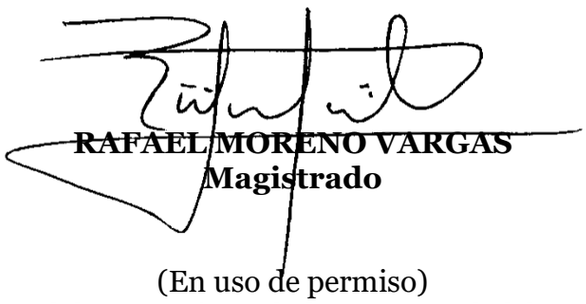
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada **MARTHA ISABEL REY QUEVEDO** a reconocer y pagar a la señora **MARIA ALEJANDRA OVALLE MORALES** por concepto de sanción moratoria del artículo 65 del CST, la suma de $24.591.oo diarios desde el 20 de septiembre de 2017 hasta que se efectúe el pago total de la obligación, conforme a lo considerado en la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la aludida sentencia.

TERCERO: sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

(En uso de permiso)
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.