

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 34 2017 493 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA ESPERANZA MÉNDEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alejandra Huérfano, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, Skandia y Porvenir S.A., revisa la Corporación la sentencia proferida el 1 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la demandada Colpensiones y las de la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA ESPERANZA MÉNDEZ, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir S.A el 9 de diciembre de 1994. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se disponga su retorno como afiliada al RPM ordenando a Old Mutual Pensiones y Cesantías devolver a Colpensiones los aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales junto con intereses e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació se afilió al ISS a través de su empleador de la época el 28 de enero de 1980, Instituto al que permaneció afiliada hasta el 31 de diciembre de 1994, data para la cual se afilió a Porvenir S.A., que en dicho acto de afiliación se desconoció su derecho al consentimiento informado, por cuanto no se le informó sobre las consecuencias negativas que traería a su derecho pensional dicho traslado, como quiera que de acuerdo con proyección pensional elaborada por Old Mutual, cuando llegue a la edad de 57 años su mesada pensional sería de \$2.310.000, mientras que de haber permanecido afiliada al RPM, esta ascendería a más de 6 millones de pesos, siendo muy superior a la que recibiría en el RAIS.

Señala que solicitó ante Colpensiones en el 2016 traslado de los valores de la CAI del RAIS al RPM, cuya solicitud fue respondida de manera negativa, lo propio ocurrió con Old Mutual; afirma que su traslado a Porvenir estuvo ausente de la debida diligencia, prudencia y pericia que compromete la responsabilidad de la AFP de carácter profesional, ya que jamás fue documentada de manera clara y suficiente sobre los efectos del traslado de régimen, no se le pusieron de presente proyecciones de su mesada pensional en ambos regímenes ni las ventajas y desventajas de permanecer en uno u otro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó el enlistado en numerales 1, 4 y 8, negó los No. 5, 10 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 6 a 8 y 17, negó los No. 5, 10 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento y buena fe.

El curador ad – litem de PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones invocadas, aceptó el hecho No. 2, negó los No. 3, 9 y 10 a 19 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación.

COLFONDOS S.A., se allanó a las pretensiones de demanda y no propuso excepciones de mérito.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia y/o nulidad del traslado realizado por la demandante *MARIA ESPERANZA MENDEZ CUELLAR*, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado el 9 de diciembre de 1994, a través de la afiliación a la *SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.*, y posteriormente, el traslado a la *ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.* hoy *SKANDIA S.A.*

SEGUNDO: CONDENAR a la *ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.* hoy *SKANDIA S.A.*, a reintegrar a la *ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES* todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de *MARIA ESPERANZA MENDEZ CUELLAR*, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

Proceso Ordinario Laboral No. 34-2017-493-01 Dte: MARÍA ESPERANZA MÉNDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la AFP OLD MUTUAL S.A., PENSIONES Y CESANTIAS S.A., hoy SKANDIA S.A., con motivo de la afiliación de la demandante MARIA ESPERANZA MENDEZ CUELLAR, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A se fija como agencias en derecho, la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión señalando en síntesis que el artículo 13 la Ley 100 de 1993, consagraba la libre elección del afiliado del régimen pensional al que quería pertenecer, norma que había creado el sistema general de pensiones garantizando la cobertura plena y eficiente de elementos fundamentales de la Seguridad Social para el amparo de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, de igual manera, estableció la posibilidad de que existieran entidades públicas y privadas que se encargarán las primeras de administrar el RPM y la segunda el RAIS a través de los fondos privados, que tal precepto normativo cuando había sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia es SL2324 de 2019 señalando que se había habilitado la operación simultánea del RPM administrado por el ISS y los fondos privados como administradores del RAIS, cuyo funcionamiento de estos obedecía a las disposiciones particulares creadas por la Ley para que pudieran satisfacer integralmente las obligaciones que son de su competencia; circunstancia de la que se desprende el papel fundamental que desempeñan las administradoras de fondos de pensiones en el correcto manejo del sistema de Seguridad Social en pensiones en cuanto a lograr una adecuada asesoría respecto a sus afiliados pues de ello depende la escogencia del régimen que más les convenga atendiendo las necesidades sociales y económicas concretas, en ese orden de ideas las entidades encargadas de su administración y dirección deben garantizar que existió una decisión informada y que esta fue la que determinó que el afiliado de manera autónoma libre y consciente, igualmente según decantado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL4964 del 2018, la elección de cualquiera de los dos regímenes deber ser voluntaria, requiriendo

un suministro de información que conlleve a tener un libertad informada y la Ley sancionaba el incumplimiento de dicho deber de información ya que una aceptación genérica de las condiciones del RAIS no era suficiente para obtener una decisión informada por parte del afiliado y la prueba del deber de cuidado, le correspondía a quien había debido emplearlo, esto es a la AFP, demostrando que suministró la información para obtener dicho consentimiento informado por parte del afiliado. Indicó que como quiera que tal decisión traía consigo grandes repercusiones como es el derecho fundamental a la pensión, debe la información que debía suministrarse por parte de las administradoras de pensiones debe operar no solo como antesala de la afiliación sino también durante el proceso de traslado, informando los inconvenientes que puede traer su decisión, como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corporación que a su vez señalaba que se le debe poner de presente al afiliado en el acto de traslado las condiciones para el disfrute pensional, una información completa y comprensible, con la prudencia se sabe que ella tiene un sentido aquí cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales la elección del régimen pensional, deber que trascendía el de la simple información al del buen Consejo que compromete a la administradora a un ejercicio más activo al proporcionar la información ilustración suficiente dar a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes.

Es así que se concluía que dicho deber de información debía ser demostrado por la AFP que promovió el traslado y por lo tanto debía proveer a los jueces de todos los medios todos los elementos de juicio para determinar cuál fue la información brindada al afiliado al momento de efectuar el traslado como lo había ratificado la sentencia SL1688 del 2019, deber que no se suplía con las leyendas de que la afiliación se realizaba de manera libre y voluntaria cuando las personas desconocían las verdaderas implicaciones de su decisión frente a sus derechos prestacionales, obligación que se encontraba prevista conforme al numeral 1 del artículo 97 la 663 de 1993 que corresponde al Estatuto orgánico del sistema financiero, correspondiéndoles a las AFP brindar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen al tener la calidad de entidades de servicios financieros y entidades de la Seguridad Social, no pudiendo las AFP justificar su omisión en el deber de información señalando que este no existía, pues es

claro que desde el año 1993 se consagraban las obligaciones de estas frente a sus potenciales afiliados, independientemente de si estos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, eran beneficiarios del régimen de transición o contaban con expectativa legítima pensional, pues dicha información se debía suministrar a todos los afiliados.

Que para el caso bajo estudio, había quedado probado el traslado de régimen de la demandante a Porvenir el 9 de diciembre de 1994 y a Skandia en el 2007, que el formulario de afiliación no era suficiente para determinar que a esta se le ilustró respecto de las características de uno u otro régimen, las ventajas y desventajas de la decisión a adoptar, de otro lado, en el recuadro donde reposaba la voluntad de afiliación de ser una manifestación libre espontánea y sin presiones del afiliado, tal circunstancia no determinaba el suministro de la información y del acervo documental no se lograba probar dicho suministro como quiera que la pasiva no presentaba pruebas de haber cumplido con la obligación que le imponía el Decreto 656 de 1994 cuál es la entrega del reglamento al momento de su vinculación, concluyéndose que las AFP demandadas omitieron el compromiso, por cuanto era allí donde el afiliado podía verificar si aquella ilustración era suficiente, de igual forma al practicarse el interrogatorio a la demandante y una vez que fue preguntado si se le había suministrado por parte de Porvenir, indicó que la asesoría le fue brindada e manera individual en una asesoría de 10 a 15 minutos en el que le habían indicado que el ISS se iba a acabar y le resultaba más favorable pertenecer al RAIS, que sería titular de una cuenta de ahorros particular, que podría pensionarse anticipadamente ya sea por ser contrario que el monto de la pensión sería más favorable; información que le fue dada sin hacer una revisión de su entorno laboral, que tampoco le fue realizada proyección personal pensional, ni le fue entregado el reglamento de la AFP, razón por la cual, del acervo probatorio recaudado en y particularmente del interrogatorio de parte practicado a la demandante se determinaba la omisión de las AFP a las que se vinculó la demandante de suministrar la información suficiente para que la demandante tomara una decisión de traslado de manera consciente respecto a las consecuencias jurídicas de dicha decisión quedando igualmente demostrado. Que había lugar a verificar la existencia de vicio en el consentimiento de la demandante al momento de su traslado de régimen, en lo que correspondía al error en sentido estricto, se

definía como la falsa noción de la verdad o la discrepancia entre una idea y la realidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 1511 del Código Civil, existiendo en el asunto bajo estudio error de hecho, por cuanto la demandada brindó a la demandante de manera distorsionada las calidades del producto que ofrecía, ya que no se le ofrecieron los medios suficientes que le permitieran reafirmar su decisión de traslado, tornándose nulas las afiliaciones de la actora en el RAIS por existir un error de hecho sobre la calidad de lo ofrecido, debiéndose declarar no probadas las excepciones de mérito que fueron formuladas por la pasiva, para lo cual, Colpensiones debía recibir nuevamente a la demandante en el RPM, por virtud de los efectos jurídicos de la nulidad, debiéndose restablecer las cosas al estado inicial aclarando que en la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A., es donde reposan actualmente sus aportes, debiendo esta devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como son las cotizaciones bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos. Indicó por último que no había lugar a declarar probada la excepción de prescripción por discutirse derechos de naturaleza imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colpensiones** señaló que había quedado demostrado que la afiliación de la demandante había sido libre y voluntaria, tan es así que no hizo uso del derecho de retracto sino que después de mucho tiempo acudió a la acción judicial motivada por la cuantía de su pensión, adicionalmente la jurisprudencia había indicado que esta acción procedía para quienes eran beneficiarios del régimen de transición y en si bien las AFP tenían el deber de información, los afiliados no podían negar tal suministro y con sólo ello lograr la nulidad de su traslado. Por último, resaltó que con la decisión se contribuía a la descapitalización del fondo común del RPM.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, señaló que no era factible declarar la ineficacia del traslado, ni tampoco la nulidad ya que no se acreditó vicio alguno del consentimiento, aunado a ello, las nulidades se podían sanear; de igual forma en cuanto a la condena de costas procesales, esa AFP era

administradora del RAIS, conforme a la Ley 100 de 1993, por lo que debía presumirse la actuación de buena fe de los particulares ante las autoridades públicas, debiéndose demostrar el actuar de mala fe para ser condenado en costas y ello no ocurrió.

Skandia recurrió señalando que no era procedente la devolución de sumas adicionales de la aseguradora ya que no debía asumir la prima que se pagaba para la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que dichas sumas ya se giraron a la aseguradora que cubrió los mismos y no cuenta con ellos en su patrimonio, razón por la cual, dicha devolución le generaba un detrimento patrimonial a dicho fondo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA ESPERANZA MÉNDEZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 9 de diciembre de 1994, a través de formulario de afiliación suscrito con Porvenir S.A., documental que fue allegada por esta AFP y por la parte demandante, visible a folio 12 del plenario; de igual forma, las afiliaciones que efectuara con posterioridad al interior del RAIS, a través de Colfondos y Old Mutual hoy Skandia Pensiones y Cesantías.

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

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

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta

del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho

procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

Es así como contrario a lo indicado por las recurrentes en el presente no se vislumbra un consentimiento libre e informado en la decisión de traslado tomada por la actora, ya que tal cuestión no se puede predicar ante la demostrada falta de información en que incurrió la AFP que promovió el traslado de la demandante y ningún otro medio probatorio lleva a concluir que las AFP a las que se afilió con posterioridad, hubieran cumplido con dicho deber.

Ahora bien, tampoco le asiste razón al argumento de Colpensiones según el cual, la ineficacia del traslado de régimen únicamente opera para los beneficiarios del régimen de transición, ya que el deber de información a que se alude debe ser suministrado a **todos** los afiliados, como en efecto lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otros en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

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

De igual forma, contrario a lo señalado por Porvenir, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Es así como, contrario a lo afirmado por la administradora pensional del RPM en su recurso y alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del régimen que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con gastos de administración, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

A este respecto, se observa en esta oportunidad que la decisión de primer grado no ordenó el traslado de gastos de administración, el que es procedente al igual que las **sumas adicionales de la aseguradora** contrario a lo señalado por la AFP Skandia, aspecto que igualmente ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Proceso Ordinario Laboral No. 34-2017-493-01 Dte: MARÍA ESPERANZA MÉNDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

Por lo anterior, se **modificará** el numera SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de gastos de administración.

En cuanto al argumento de Porvenir S.A., respecto a la condena en costas, se observa que no hay lugar a variar la misma como quiera que fue vencida en el trámite procesal, siendo el fondo que promovió el traslado de la actora del RPM al RAIS, por lo que tal condena se encuentra ajustada en los términos del artículo 365 del CGP.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de gastos de administración, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación

Proceso Ordinario Laboral No. 34-2017-493-01 Dte: MARÍA ESPERANZA MÉNDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 07 2019 298 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MELBA JANETH ARENAS QUINTERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 12 de enero de 2021, dada la apelación presentada por la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora MELBA JANETH ARENAS QUINTERO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez, en concordancia con lo establecido en los art. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 81%, dando aplicación al principio de favorabilidad, dineros que deberán ser cancelados debidamente indexados y al pago de las costas y agencias en derecho. (fls. 3)



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que mediante resolución No. 053653 del 7 de diciembre de 2006, el ISS le reconoció la pensión de jubilación por aportes, con una tasa de reemplazo del 75% y teniendo en cuenta 1.123 semanas cotizadas en empleos públicos y privados.
- Que por ser beneficiaria del régimen de transición tiene derecho a que su pensión le sea reliquidada a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1990, en el cual su tasa de reemplazo por contar con 1.123 semanas, aumentaría al 81% de su IBL.
- Que la demandada reliquidó su pensión, pero tomó un ingreso base de liquidación del Decreto 1158 de 1990(fl.- 4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 2 y 7 para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia el derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia al pago de las costas. (fl.- 46 - 56)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 12 de enero de 2021, decidió:

“PRIMERO: DECLARAR que la demandante señora MELBA YANETH ARENAS QUINTERO, es beneficiaria del régimen de transición y como



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

consecuencia de ello, es procedente el reconocimiento pensional bajo los apremios del Decreto 758 de 1990.

SEGUNDO: *como consecuencia de lo anterior se **CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, a reliquidar a favor de la demandante la pensión de vejez reconocida, tomando un IBL inicial de \$660.749 y una tasa de reemplazo del 81%, debiendo pagar la diferencia arrojada entre la mesada reconocida inicialmente y la actual, por valor de \$49.644.*

TERCERO: *Como consecuencia de lo anterior se le **ORDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, a pagar a favor de la demandante el retroactivo debidamente indexado generado por la diferencia entre la mesada pensional reconocida en su momento y la actual por valor de \$17.849.172. se le autoriza a la demandada a realizar los descuentos de salud.*

CUARTO: *Las costas son a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante y las agencias en derecho se tasan en un 7% de las condenas impuestas y liquidadas en esta sentencia.*

QUINTO: *Se **ORDENA** la remisión del expediente al Tribunal para que surta el grado jurisdiccional de consulta, a favor de la demandada por ser entidad garantizada por la Nación y a fin el Superior revise la legalidad de esta decisión.”*

Fincó su decisión en síntesis el Juez de Primer Grado, indicando que no es objeto de discusión que la señora demandante es beneficiaria del régimen de transición, el cual es aceptado por la demandada y se corrobora con la documental allegada al plenario.

De conformidad con lo anterior, indicó que el problema jurídico debe centrarse en determinar si cumple o reúne los requisitos establecidos en el decreto 758 de 1990 el cual aprobó el acuerdo 049 del mismo año, para que le sea reliquidada la pensión de jubilación por aportes que le fue reconocida con base en la ley 71 de 1988 y así aplicar una tasa de reemplazo del 81% tomando como base toda la vida laboral y sumando los tiempos cotizados al sector público y privado.

Señala que la norma que solicita la demandante que se le aplique es el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, el cual consagra los requisitos a la pensión de vejez, indicando que tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) 60 años de edad si es varón o 55 años si es mujer b) 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

Señaló que el actor cuenta con un tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales registra un total de 759 semanas, pero no alcanzó a cotizar el mínimo de 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, así como tampoco las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, pues, se reitera solo acredita 759. 20 semanas,

Igualmente señaló que esta postura fue por mucho tiempo respaldada de manera contundente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema justicia y reiteraba que en efecto debía sumarse únicamente los tiempos cotizados y laborados ante sector privado conforme la naturaleza del sistema general de pensiones regulados por la ley 100 de 1993, sin embargo esa postura varió por parte de la Sala de Casación Laboral y se adhirió a la postura que respaldaba la H. Corte Constitucional exponiendo la importancia de la evolución jurisprudencial en procura de la esencia del derecho a la seguridad Social es la irrenunciabilidad del mismo así como la protección del trabajador por todo el tiempo que laboro.

Sobre la aplicación del mencionado Artículo 20, se indicó que al tenor de la norma no se desprende que el número de semanas de cotización requeridas, lo sean aportadas exclusivamente al Instituto del Seguro Social y segundo, que el régimen de transición se circunscribe a 3 ítems edad, semanas cotizadas y monto de la pensión, dentro de los cuales no se encuentran regla para el cómputo de las semanas cotizadas lo cual sugiere que deben ser aplicadas las del sistema general de pensiones, bajo esa interpretación para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público, cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado, cotizados al Instituto de Seguros Sociales, esto por cuanto dicha disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al Instituto del Seguro Social y por qué la aplicación del régimen de transición solamente se limita a



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

los 3 ítems, donde no se encuentra aquel referente al cómputo de semanas requisitos que debe ser determinado según lo dispuesto en la ley 100 de 1993.

Ahora bien, teniendo en cuenta que ambas interpretaciones eran razonables y concurrentes acogió las mismas dando aplicación al principio de favorabilidad en materia laboral

En ese orden ideas y teniendo en cuenta que la señora demandante es beneficiario del régimen de transición y que en virtud de ello se puede estudiar su derecho pensional a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, computando todos los tiempos cotizados en ambos sectores y efectuada la sumatoria de tiempos se desprende que la actora ha cotizado al sector público y privado completo un total de 1.121 semanas cotizadas.

No obstante lo anterior, encontró que a la actora no le es aplicable calcular el monto de supresión con la sumatoria de todos los tiempos cotizados durante su vida laboral pues no tiene las 1250 semanas cotizadas exigidas por la norma. Por lo que el cálculo del IBL se realizara con base en los últimos 10 años cotizados anteriores reconocimiento de la pensión.

Así las cosas, encontró que el actor tiene derecho al reconocimiento pensional en cuantía inicial de \$815.740, suma ésta a la al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 81% con base en la tabla señalada en el artículo 20 del decreto 758 de 1990, arrojando así una mesada pensional inicial de \$660.749 a partir del 21 de mayo del 2006, fecha en la cual reunió los requisitos para acceder a su pensión de vejez, suma a la cual se le debe descontar el valor de la mesa reconocida por el Instituto de Seguros Sociales en su momento, lo que arroja una diferencia de \$49.649 pesos y un retroactivo de \$17.849.172. Finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y la condenó en costas.

DEL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

“Gracias Usted ya me presenta el recurso de tu proceso de la referencia es tarado contra mí presentada para el fin de que el honorable tribunal superior de Bogotá de la decisión tomada por el representante mencionada se aplica en la pensión de vejez conforme al decreto 758 de 1990, perdón y para ello que se acumulen tiempos públicos y privados, tampoco es posible ya que a medida que para reconocer una pensión indica la normatividad, solamente se puede tomar como base de cotización efectivamente las realizadas en el ISS hoy en COLPENSIONES, como lo menciona el sentencias que traigo a colación la SL 431 del 2017, en las que dice que ciertamente “en criterio de la corporación bajo la normatividad anterior que es el Decreto 758 de 1990 que aprobó el acuerdo 049 de 1990 resulta improcedente acumular cotizaciones de tiempos pues el instituto de seguro social en que administra el régimen de prima media No contempla la posibilidad, que sea factible Según la ley 100 de 1993, lógicamente con el cumplimiento de los presupuestos del artículo 39 frente a la condena del retroactivo no Configura el derecho ni a un retroactivo pensional por descuentos ya que de acuerdo con lo expuesto en la sustentación de mis alegatos Y en este recurso, la señora Melba no tiene derecho a ningún pago de corrección monetaria y mucho menos a una reliquidación y a su reconocimiento de pensión, por la anteriormente expuesto no se dan las condiciones que legalmente se exigen para la procedencia de algún reconocimiento Según la ley, según el acuerdo 049 de 1990 y mucho menos su retroactivo pensional. También es pertinente mencionar frente a las condenas impuestas a mi representada en la condena de costas en este en este punto, también resalto el art. 48 de la constitución política ya que refiere que no podrá destinarse los recursos de mi representada para fines que sean diferentes a ellas dado que el tema de las cosas y las agencias en derecho serían contrarios a una perspectiva constitucional, en esta medida su señoría dejó sustentado mi recurso apelación para que el honorable Tribunal Superior revoque la decisión tomada por este despacho Muchas gracias”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio de la reliquidación pretendida por la parte actora, teniendo en cuenta el recurso interpuesto por la demandada COLPENSIONES y en aplicación al grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Así las cosas, indica la parte actora que tiene derecho a la reliquidación de la pensión a la luz de lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, y que para tal efecto se tengan en cuenta, tanto las cotizaciones realizadas al sector público como las efectuadas al sector privado.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

No existe discusión respecto que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pues a 1° de abril de 1993 contaba con más de 35 años, además, así lo aceptó la accionada en la Resolución 053053 del 7 de diciembre de 2006 (fl. 26 - 28) en donde le reconoció la pensión al actor bajo los presupuestos de **la Ley 71 de 1988.**

Señala la parte demandante que tiene derecho a la pensión bajo el Acuerdo 049 de 1990 teniendo en cuenta el tiempo de servicios laborado en el sector público, a fin de aumentar la tasa de reemplazo al 81%.

Ahora bien, el acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, estableció en su art. 12:

“...Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo....”.

En el presente caso, solicita la parte actora, que para el computo de sus semanas, se tengan en cuenta tanto las realizadas en el sector público como en el privado.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

Al respecto, se encuentra un reciente pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia, de fecha 8 de julio de 2020, SL 2557 de 2020, radicado 72425. Mag. Ponente, Dr. IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ, se indicó:

“En sede de casación no se discute que: (i) la accionante es beneficiaria del régimen de transición; (ii) entre tiempos de servicios públicos y aportados en el sector privado reunió 1445 semanas, y (iii) por medio de la Resolución n.º 5240 de 3 de marzo del 2004, el ISS reconoció a la actora la pensión de jubilación por aportes conforme a la Ley 71 de 1988, la cual empezó a disfrutar en julio de 2006.

Ahora, el Tribunal estimó que el Acuerdo 049 de 1990 era aplicable a la situación pensional de la demandante, solo que no le resultaba favorable pues con dicha disposición obtenía una tasa de reemplazo del 56%, pues, adujo que solo podían tenerse en cuenta las 648 efectivamente cotizadas al ISS.

Por su parte, la accionante considera que en el marco de ese régimen deben acumularse los tiempos de servicios públicos o aportes sufragados a otras cajas o fondos de previsión social, con los cuales totaliza 1445 semanas y, por tanto, tiene derecho a una tasa de reemplazo del 90% del ingreso base de liquidación, conforme lo reglado en el artículo 20 del acuerdo en mención.

Así, la Sala debe resolver si el Tribunal incurrió en un error jurídico al determinar que el Acuerdo 049 de 1990 no permite acumular los tiempos de servicios públicos cotizados a otras cajas o fondos, con los efectivamente aportados al ISS.

Pues bien, en recientes pronunciamientos la Corte cambió de criterio jurisprudencial y estableció que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020). Precisamente, en la primera referida, la Corporación explicó:

No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión”
(Negrillas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se encuentra acertada la decisión adoptada por el Juez de primer grado, como quiera que la actora cumple los requisitos para que le sea reliquidada su pensión a la luz de lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta la totalidad de los tiempos cotizados tanto al sector público como al privado.

Lo anterior, como quiera que del material probatorio obrante en el plenario se evidencia que el demandante estuvo vinculado al ISS y efectuó cotizaciones a dicha entidad desde el 1 de octubre de diciembre de 1998 (fl.- 34 - 35) y a entidades públicas desde el 17 de mayo de 1988 y hasta el 08 de junio de 1995 (fl.- 26). Por lo tanto, el Acuerdo 049 de 1990 le es aplicable en virtud del régimen de transición del que es beneficiaria, además del cumplimiento de la edad requerida (55 años) el pasado 21 de mayo de 2006 (fl.- 15) y que para dicha data contaba con de 1.121 semanas de cotización.

En lo que tiene que ver con el ingreso base de liquidación, y ante la densidad de semanas cotizadas por la actora, se debe tener en cuenta el tiempo cotizado durante los últimos 10 años cotizados de conformidad con el art 21 de la ley 100 de 1993, tal y como lo señaló el Juez de Primer Grado.

Ahora bien, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, procede la Sala a revisar la liquidación efectuada por el Juez de primer grado.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario remitirnos en primer lugar al tema relacionado con la excepción de prescripción la cual fue oportunamente propuesta por la demandada en su escrito de contestación, encontrando que la actora solicitó el reconocimiento y pago de su pensión mediante petición de fecha 23 de mayo de 2006, la cual fue resuelta mediante resolución No. 053053 del 7 de diciembre de 2006 y en la cual le reconocieron una pensión de jubilación por aportes.

Así mismo se evidencia a folio 34, la reclamación administrativa, en la cual la parte actora solicita la reliquidación de su mesada pensional de fecha 04 de octubre de 2018, la cual fue resuelta mediante resolución No. SUB32776 del 5 de febrero de 2019. Finalmente se encuentra que se entabló la presente acción el pasado 26 de abril de 2019.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que las diferencias que se reclaman y que fueron causadas con anterioridad al de octubre de 2015, se encuentran cobijadas por el fenómeno de la prescripción.

Realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, con ayuda del grupo liquidador, - liquidación que se adjunta y hace parte de la presente decisión- se encuentra que, el valor del retroactivo pensional, teniendo en cuenta la prescripción antedicha, para el 12 de enero de 2021, fecha del fallo proferido en primera instancia, ascendía a la suma de \$5.826.686,66, por lo que se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción, y se modificará el numeral tercero de la sentencia apelada, en cuanto al monto del valor del retroactivo pensional.

En lo demás se deja incólume la decisión adoptada por encontrarse ajustada a derecho. Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**

**En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia
en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, condenar a la demandada COLPENSIONES, a pagar a favor de la demandante el retroactivo debidamente indexado generado por la diferencia entre la mesada pensional reconocida en su momento y la actual por valor de \$\$5.826.686,66. por las razones antes indicadas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción, respecto de las diferencias causadas con anterioridad al 05 de octubre de 2015.

TERCERO: En lo demás, se **CONFIRMA**, la decisión de primera instancia.

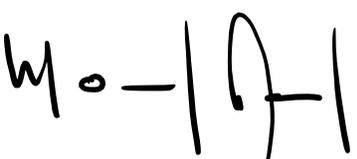
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandada y en favor de la actora.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del C.P.L. y de la S.S.

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2019 298 01 Dte: MELBA JANETH ARENAS
QUINTERO Ddo.: COLPENSIONES**


**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .**

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07 2019 305 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: YANETH ROJAS OSPINA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las demandadas Colpensiones, Protección Porvenir S.A. y la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora YANETH ROJAS OSPINA, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación efectuada en septiembre de 1997 hacia Porvenir S.A., por existir engaño y asalto a la buena fe para promover dicho traslado, solicita igualmente se declare la ineficacia de los posteriores traslados efectuados a Protección S.A., en el año de 1998, ordenándole a esta última trasladar los aportes por ella realizados a dicho fondo junto con todos sus frutos e intereses, condenando a Colpensiones a aceptar dicho traslado y a tenerla como afiliada en dicho fondo, al igual que a reconocerle pensión de vejez, por cumplir los requisitos previstos para el efecto.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 7 de diciembre de 1961, que estuvo afiliada al RPM desde 1980 hasta 1996, periodo durante el cual cotizó más de 870 semanas, que su permanencia en el RPM se vio interrumpida en septiembre de 1997 cuando un asesor de Porvenir S.A., la persuadió para que se cambiara de régimen sin ningún tipo de asesoría, ya que la información que se le brindó al respecto fue falaz, ya que se le manifestó que el ISS se iba a acabar y no le indicaron las desventajas de permanecer en el RAIS, que se trasladó en 1998 a Protección S.A., AFP que de igual manera no le brindó ninguna información al respecto, que no le señalaron sobre la posibilidad de retornar al RPM en el año 2003.

Indica que en ambos regímenes completa una cantidad total de 1963 semanas cotizadas y continúa cotizando al sistema pensional, que solicitó en el año 2019 el traslado de sus aportes de la AFP Protección a Colpensiones, solicitud que fue respondida de manera negativa por esta última.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2 y 8 y manifestó no constarle los demás. Propuso las

excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de condena en costas en entidades del orden público.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., de igual manera se opuso a las pretensiones dirigidas contra esta, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 6 y 8, negó los No. 4 y 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia del perjuicio causado por la AFP Protección, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP Protección, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, 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 a terceros de buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los No. 1 y 9, negó el No. 3 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: • La señora YANETH ROJAS OSPINA con la AFP PORVENIR SA el 04 de agosto de 1997 En formulario No. 00932123 • La señora YANETH ROJAS OSPINA con la PROTECCIÓN fecha 12 de febrero de 1998 Formulario N.º 559552

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora YANETH ROJAS OSPINA dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Igualmente, PORVENIR Y PROTECCIÓN deben incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de

Proceso Ordinario Laboral No. 07-2019-305-01 Dte: YANETH ROJAS OSPINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Ordenar a COLPENSIONES a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez conforme los lineamientos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, de la cual es beneficiaria la señora YANETH ROJAS OSPINA. La pensión deberá ser reconocida a partir de que la señora demandante acredite su desafiliación al sistema

SEXTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A Y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN.

SEPTIMO: Se condena en costas a los fondos demandados PROTECCION Y PORVENIR y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMLMV al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos, no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la demandante no alegaba ser beneficiaria del régimen de transición pues no cumplía los requisitos para ello y respecto al deber de información cuya omisión se alegaba, conforme los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso, le correspondía a la AFP del RAIS, desde su creación brindar al momento de la afiliación una información clara, cierta y comprensible en cuanto a los efectos del traslado para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, obligación que estaba en su cabeza desde la creación de dichos fondos y ante la omisión de dicho deber, el traslado de régimen no se podía predicar como libre; ya que el deber a que se hace alusión conforme los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, tenía varias etapas en el tiempo, naciendo la asesoría del buen consejo.

Que frente a la demandante, a la fecha de su afiliación, septiembre de 1997 a la AFP le correspondía haberle señalado las características, condiciones de acceso, ventajas, desventajas del traslado de régimen y consecuencias del mismo, información que se debía proporcionar a todos afiliados independientemente de si eran o no beneficiarios de régimen de transición y como quiera que la afirmación de no haber recibido la información al

momento de su traslado de régimen, correspondía a una negación indefinida cuya prueba de lo contrario, le correspondía a la administradora pensional conforme los preceptos del artículo 167 del CGP, debiendo aportar prueba de ello dentro del trámite procesal, inversión de carga de la prueba que también tenía fundamento en lo previsto en el artículo 1604 del CC.

Al respecto señaló que en el plenario no obraba prueba que la demandante hubiese sido debidamente ilustrada sobre las características de uno y otro régimen, no se acreditaba que la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado de régimen pensional al RAIS en el año 1997, como lo ordenaba la misma Ley 100 de 1993, esto es, una información, clara, veraz y precisa, comprensible y detallada respecto de su futuro pensional conforme la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo cual es una omisión en el deber de información, en los términos legales y jurisprudenciales relacionados, omisión que igualmente se predicaba de Protección S.A., ya que no había allegado prueba del cumplimiento de dicho deber; sobre el formulario de vinculación, indicó que no era admisible afirmar que con la firma se plasmó o convalidó su voluntad de mantenerse en el RAIS, ya que de este no se derivaba el cumplimiento del deber de información, máxime cuando la demandante había indicado en diligencia de interrogatorio de parte que para 1997 se había presentado a su lugar de trabajo un asesor de Porvenir y le pidieron el favor que lo ayudaran por ser familiar de uno de los directivos de la empresa, que este le indicó que en ese fondo se podía pensionar a cualquier edad, que él llenó el formulario y ella lo firmó, que igualmente al momento de trasladarse a Davivir, en dicho año llegó un asesor a las instalaciones de su empleador y como ese fondo era en que estaban la mayoría de trabajadores, no medió asesoría alguna e igualmente el asesor llenó el formulario y ella lo suscribió; que ninguno de dichos medios probatorios brindaba convicción acerca del suministro de información en los términos anotados previo a promover el traslado por parte de las AFP en mención, ya que no se podía tener por suplido el requisito de información con la simple firma del formulario, cuando del contenido del documento no se desprendía cuál fue la información que se le brindó a la actora, que no era e recibió el argumento según el cual la demandante había ratificado su querer de permanecer al RAIS ya que lo

único que convalidaba la validez de dicho traslado era el suministro del deber de información y el cumplimiento de este, no había quedado probado.

Conforme lo señalado, indicó que había lugar a disponer conforme la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante en 1997 a Porvenir y consecuentemente la realizada con posterioridad a Protección S.A., junto con el traslado de aportes con destino al RPM, que debía incluir rendimientos, gastos de administración y comisiones de, forma indexada, estos últimos con cargo a sus propios recursos y cualquier otro emolumento que se hubiera descontado de los aportes del afiliado y Colpensiones debía recibir los mismos, que tales emolumentos, ostentaban el carácter de imprescriptibles, así como la acción impetrada por tener relación con derechos pensionales.

Señaló que la demandante reunía los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para acceder a derecho pensional reclamado como quiera que acreditó contar con más de 57 años de edad al haber nacido el 7 de diciembre e 1961, contando con 59 años y probó haber cotizado un total de 1999,14 semanas a julio de 2019, por lo que le asistía el derecho al reconocimiento de dicha prestación que debía efectuar Colpensiones una vez se realizara el traslado de aportes antes señalado y a partir de que la demandante acreditara su retiro del sistema pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Porvenir S.A.**, señaló:

Encontrándome dentro de la oportunidad procesal para el efecto me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que ha sido proferida en la presente diligencia, lo primero indicar su señoría que el objeto de mi recurso de apelación será que se revoque en todas y cada una de las pretensiones o mejor de las condenas que han sido proferidas en contra de mi representada y en tal sentido pues se le absuelva sea lo primero manifestar que la materia versará sobre primero la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por la señora demandante, segundo en lo que corresponde al retorno o la devolución de los gastos de administración por el tiempo que estuvo vinculada con mi representada y tercero la consecuencia de la condena en costas sea lo primero indicar su señoría que de acuerdo pues con la documental que se encuentra dentro del expediente pues se puede acreditar que la señora demandante para el momento en que realizó dicho traslado de régimen pensional se dio en el año 1997 fecha para la cual pues el deber de información era diferente del deber que era predicable a partir del año 2010 por lo cual con la información que le permitirá a la señora demandante tener elementos de juicio claros para tomar una decisión sobre su futuro pensional se cumplía satisfecho este requisito y por demás es de indicar que para la fecha en que se realizó dicho traslado a la señora demandante manifiesta que se le explicaron algunas de las características del RAIS con lo cual pues por lo menos tenía un conocimiento de cuál era el negocio jurídico que celebraba y no se encuentra

acreditada la situación de alguna que diera lugar a un vicio en el consentimiento máximo cuando no se logró acreditar ni demostrar cuál fue ese vicio en el consentimiento que hubiera sido el error pues conocía el cambio en las circunstancias pensionales que tendría, la fuerza tampoco manifiesta no se encuentra acreditada dentro del expediente que hubiera habido lugar algún tipo de coerción al momento en que realice ese traslado del régimen pensional y tercero pues no se encuentra acreditada cuál fue esa situación manifiesta o deliberada de parte de mi representada para generar una frustración en el derecho pensional de la señora demandante de igual manera hay que tener en cuenta su señoría también que con la expedición de la sentencia SL 3752 del año 2020 y la honorable Corte Suprema de Justicia establece que los traslados horizontales son además de verdaderos actos de relacionamiento o medios a través de los cuales se puede apreciar cuál es la voluntad real del afiliado en este caso de la señora demandante mantenerse vinculada al RAIS esos actos también dan cuenta de esa ratificación primigenia que realizó la señora demandante de realizar ese traslado de régimen pensional con lo cual pues esta sentencia en su parte resolutive manifiesta que primero no se pueden generar reglas en plano que sean aplicables a todos los procesos de manera inconsulta y segundo pues que esos traslados horizontales lo que dan cuenta de esa voluntad de mantenerse vinculado a un determinado régimen pensional y que además de ello puede ser afiliado que realiza estos traslados horizontales implícitamente está optando por no hacer uso de esa facultad que él estableció que le queda mejor el artículo 2 de la ley 797 del año 2003 con lo cual en el caso concreto nos encontramos no sólo con ese acto de ratificación sino con una renuncia a ese derecho de poder retornar al RPM, además esta misma sentencia establece que esos actos de ratificación dan cuenta pues de un conocimiento de las características de los regímenes pensionales con lo cual y habida cuenta pues de esa sentencia el 15 de septiembre del año 2020 nos encontramos con que si existe una verdadera ratificación al momento en que se realizó ese traslado horizontal con la AFP Protección.

En lo que corresponde a la devolución de los saldos que se encuentran en la CAI de la señora demandante en su medida de indicar que la señora demandante realizó traslado horizontal en el año de 1998 hacia la AFP Davivir hoy Protección con lo cual pues cualquier cuenta que ella hubiera tenido con mi representada pues ya no cuenta con ningún recurso por eso condenar a mi representada que retorne esos gastos de administración que descontó no sólo por facultad que le confiere la ley 100 de 1993 sino que tenían como función remunerar esa gestión profesional que realiza mi representada primero y segundo ha sido un cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte pues genera un enriquecimiento sin causa en favor de la señora demandante, máxime cuando estos mismos dineros que se le descontaron por parte de mi representada durante el poco más del año que estuvo vinculada con mi representada pues genera un enriquecimiento sin causa en la medida en que también se le hubieran descontado en el ISS y su afiliación no se hubiese mantenido invariable; así las cosas pues esos gastos o ese dinero pues además ya cumplió esa función dentro del historial laboral o mejor dentro de la historia del personal de la señora demandante y su retorno estaría en contra de lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil en ese sentido su señoría y al no encontrarse acreditada situación alguna que hubiera dado lugar a la ineficacia del traslado del régimen pensional ni al ser procedente pues tampoco la devolución de los saldos de gastos de administración por el tiempo que la señora demandante estuvo vinculada con mi representada pues este apoderado manifiesta que no se encuentra acreditado el requisito establecido en la parte fáctica del artículo 365 del código general del proceso con lo cual también se debe revocar la condena en costas así las cosas.

Por su parte **Colpensiones** señaló:

Procedo muy respetuosamente interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá con el fin de que sea revocado el fallo dictado en el presente proceso, se considera que la afiliación es válida y fue suscrita por una persona de manera libre y voluntaria, sin presiones ni constreñimientos y plenamente capaz, se trae a colación la ley 153 de 1887 en su artículo 17 que habla acerca de las meras expectativas que no constituyen en contra de una ley nueva que las anule o se cene la caducidad de la rescisión del formulario de afiliación de conformidad con el artículo 1750 del Código Civil que señala el término de cuatro años para solicitarlo hay que tener en cuenta adicionalmente los principios que ya hemos esbozado durante la contestación y

en los alegatos de conclusión, el principio de sostenibilidad fiscal del sistema pensional la ignorancia de la ley no sirve de excusa nadie puede alegar en su favor su propia culpa y que siempre hay hechos sobrevinientes que no se pueden prever al momento de la afiliación me reservo también el derecho a ampliar esta apelación en caso de ser necesario.

Protección S.A., señaló:

Resulta improcedente la devolución de los gastos de administración por las siguientes razones fácticas la primera ley 100 de 1993 primigenia en su artículo 20 pues contempló estos gastos que están ordenados no solamente para el RAIS sino para el RPM, decisión que fue corroborada por la ley 797 2003 en ese orden de ideas su señoría pues estos gastos de administración tienen 2 funciones muy específicas y la primera es el pago de las primas de seguro para las provisiones de invalidez y muerte del afiliado esas primas ya fueron causadas fueron pagadas a las aseguradoras entonces resulta sencillamente imposible hacer una devolución de unas contingencias que se pagaron para prever posibles siniestros del afiliado, segundo ordenar el despacho de los gastos de administración pero olvida que estos gastos fueron usados por mi representada para cubrir sus gastos de funcionamiento y toda vez que generar rendimientos a la cuenta de ahorro individual de la señora Janet no se puede hacer a título gratuito, en gracia de discusiones en principio de igualdad, si la afiliada tiene derecho a recibir unos rendimientos lo más lógico es que pague a quien le genero esos rendimientos, rendimientos que vale la pena resaltar no los tendría en régimen de ahorro individual más aún que ordenan que estos gastos de administración sean devueltos de manera indexada, situación que amplía el perjuicio que se le está ocasionando a mi representada para finalizar su señoría en caso de tener que devolver los gastos de administración a Colpensiones se estaría generando un doble enriquecimiento sin causa para la señora Yaneth Ospina pues se le está trasladando dinero a título de rendimientos sin que haya hecho alguna gestión para su consecución y sin que pague a quien realizó esta gestión y un enriquecimiento sin causa a Colpensiones porque está recibiendo un dinero por gastos de administración que no va ir a la cuenta de fondo común sino que es un dinero para la entidad que también recibió sin realizar ninguna gestión deo sustentado mi recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por la señora YANETH ROJAS OSPINA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 4 de agosto de 1997, a través de formulario de afiliación suscrito con Porvenir S.A., documental que fue allegada por esta AFP a folio 167 del expediente digital, quedando demostrado el traslado que realizara la demandante a Protección S.A., el 12 de febrero de 1998 y cuyo formulario obra a folio 111 del plenario.

En este orden, se tiene que la figura de la ineficacia, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la

responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por al actora en el año de 1997, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones del traslado, de tal manera que al no conocer las incidencias del mismo, contrario a lo señalado por las recurrentes Porvenir y Colpensiones, dicho acto de traslado, no se puede predicar libre y voluntario, no pudiéndose predicar tampoco que la demandante como indica Porvenir, tenía conocimiento de las incidencias del negocio jurídico celebrado, como quiera que se itera, ello no se probó aunado a que en el interrogatorio de parte absuelto por esta, señaló que únicamente se le pusieron de presente aspectos positivos del RAIS, información parcializada que no se equipara al deber de información bajo estudio.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de la recurrente Porvenir también esbozado en sus alegaciones, según el cual, la administradora no estaba en el deber de suministrar la información

a que se alude ; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados.

De igual forma, contrario a lo señalado por Porvenir en su recurso y por Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio en el consentimiento alguno, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Aunado a lo anterior, el traslado horizontal que quedó demostrado realizó la demandante a Protección en el año de 1998, no tiene la virtud como erradamente indica Porvenir S.A., en su recurso de convalidar dicho traslado ya que desde su nacimiento el mismo se reputa ineficaz ante la falta de información en que incurrió esa misma AFP al promover el traslado de la demandante proveniente del RPM.

Es así como, contrario a lo afirmado por la administradora pensional del RPM, en su recurso y alegaciones el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con gastos de administración y comisiones, durante el tiempo en que

estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indican Protección y Porvenir S.A., también en sus alegaciones ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga SL 4803 del 20 de octubre de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*En virtud de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia en el sentido de que la condena a Colfondos SA incluye, además, trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. **De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** (negrilla fuera del texto original)*

Ahora en cuanto al argumento de Porvenir S.A., respecto a que no cuenta con ningún recurso de la CAI de la demandante, se tiene que durante el trámite procesal no probó que el traslado de aportes que efectuara a Protección S.A. incluyera lo descontado por gastos de administración, razón por la cual debe efectuar el mismo por lo que dicha orden de traslado no será objeto de modificación como tampoco la condena en costas al demostrarse su omisión en el deber de información que desencadenó en la declaratoria de ineficacia de traslado que será confirmada en esta oportunidad.

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

PENSIÓN DE VEJEZ

Es así como resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse en grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión encaminada al reconocimiento pensional de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a efectuar reconocer pensión a favor de la aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Porvenir los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración, últimos que también deben ser trasladados por las otras demandadas como consecuencia de la ineficacia que se confirmará en esta oportunidad, razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, razón por la cual, se revocará el numeral QUINTO de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: REVOCAR el numeral QUINTO de sentencia recurrida para en su lugar ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

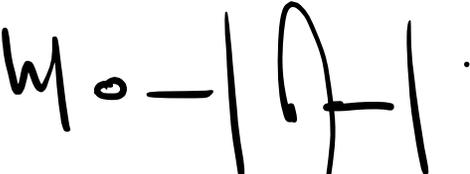
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07 2019 466 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA MATILDE ROCHA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación la sentencia proferida el 21 de enero de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y las de la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA MATILDE ROCHA, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado de régimen que efectuara del RPM al RAIS, subsidiariamente peticiona se declare la nulidad del mismo y se condene a las demandadas al pago de perjuicios e intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que estuvo afiliada al ISS para los riesgos de IVM entre el 1988 a 1994, anualidad para la cual fue afiliada a Porvenir S.A., indica que el representante de dicho fondo le indicó al momento de traslado que el ISS desaparecería y sus aportes se iban a perder, que tampoco se le indicó la forma de retornar al RPM, ni la forma de liquidar la pensión en ambos regímenes cuando alcanzara los requisitos para el efecto; no obstante ello, le indicó que su mesada pensional en el RAIS sería superior a la que recibiría en el RPM, que no se le informó sobre el derecho de retracto, ni sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios en el RAIS, como tampoco la posibilidad de heredar sus aportes en caso de fallecimiento.

Indica que con fundamento en tales afirmaciones, suscribió formulario de afiliación ante la AFP Porvenir S.A., que durante el tiempo que ha permanecido afiliada a dicho fondo, no se le comunicó respecto de la posibilidad que tenía para retornar al RPM en el año 2003, ni sobre todos los pormenores que se omitieron al momento de su afiliación y que cuenta con 52 años de edad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 y 32 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de condena en

costas en entidades del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses o indexación moratoria.

Por su parte, PORVENIR S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó el No. 18, manifestó no constarle los No. 1 y 32 y negó los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al RAIS ordenando a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la demandante junto con rendimientos, comisiones y gastos de administración que se hubieren descontado, ordenando a Colpensiones recibir como afiliada a la actora, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir S.A.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso, le correspondía a la AFP del RAIS, brindar al momento de la afiliación una información clara, cierta y comprensible en cuanto a los efectos del traslado para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, obligación que estaba en su cabeza desde la creación de dichos fondos y ante la omisión de dicho deber, el traslado de régimen no se podía predicar como libre; ya que el deber a que se hace alusión conforme los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, tenía varias etapas en el tiempo, naciendo la asesoría del buen consejo.

Que frente a la demandante, a la fecha de su afiliación a la AFP le correspondía haberle señalado las condiciones de acceso, ventajas, desventajas del traslado de régimen y consecuencias del mismo, que la demandante era beneficiaria del régimen de transición, no obstante ello dicho deber se debía proporcionar a todos afiliados independientemente de dichas circunstancias y como quiera que la afirmación de no haber recibido la información al momento de su traslado de régimen, correspondía a una negación indefinida cuya prueba de lo

contrario, le correspondía a la administradora pensional conforme los preceptos del artículo 167 del CGP, debiendo aportar prueba de ello dentro del trámite procesal.

Al respecto señaló que en el plenario no obraba prueba que la demandante hubiese sido debidamente ilustrada sobre las características de uno y otro régimen, no se acreditaba que la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado de régimen pensional al RAIS en el año 1994, como lo ordenaba la misma Ley 100 de 1993, esto es, una información, clara, veraz y precisa, comprensible y detallada respecto de su futuro pensional conforme la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo cual es una omisión en el deber de información, en los términos legales y jurisprudenciales relacionados; sobre el formulario de vinculación, indicó que no era admisible afirmar que con la firma se plasmó o convalidó su voluntad de mantenerse en el RAIS, ya que de este no se derivaba el cumplimiento del deber de información, máxime cuando la demandante había indicado en diligencia de interrogatorio de parte que había suscrito dicho formulario en blanco, imponiéndose la declaratoria e ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, ya que no se podía tener por suplido el requisito de información con la simple firma, cuando del contenido del documento no se desprendía cuál fue la información que se le brindó a la actora, debiéndose disponer conforme los efectos de la ineficacia el traslado de aportes con destino al RPM, junto con rendimientos, gastos de administración y comisiones, estos últimos con cargo a sus propios recursos y cualquier otro emolumento que se hubiera descontado de los aportes del afiliado y Colpensiones debía recibir los mismos, que tales emolumentos, ostentaban el carácter de imprescriptibles.

Indicó por último que no se incurría en descapitalización del sistema con el traslado que se ordenaba, ya que la trabajadora había cumplido con su carga de cotizar al sistema y dichas cotizaciones serían objeto de traslado, no debiéndose condenar en costas a la demandada Colpensiones al no haber intervenido en el acto de afiliación cuya ineficacia se declaraba.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colpensiones** señaló que en el caso bajo estudio, con el traslado realizado por la demandante, no se había incurrido en

prohibición legal alguna, que para la fecha en que tuvo lugar este, la demandante no tenía ningún derecho adquirido, ya que únicamente contaba con 81 semanas de cotización y 30 años, razón por la cual su derecho pensional estaba en el inicio de formación y aunado a ello, para dicha data, no existía obligación por parte de las AFP de dejar soportes escritos de la información brindada al afiliado, esta era verbal; de igual manera nos encontrábamos ante un error de derecho que no daba lugar a una nulidad y la demandante llevaba cotizando al RAIS aproximadamente por espacio de 25 años, razón por la cual sí se configuraba una descapitalización del sistema en tanto no había efectuado aportes al RPM por mucho tiempo y ello ponía en riesgo los derechos pensionales de los afiliados que sí cotizaban a ese régimen.

En cuanto a la carga de la prueba indicó que conforme el estatuto financiero, les correspondía a los afiliados informarse en cuanto a su situación pensional y respecto de las afirmaciones negativas, había precisado la Corte Constitucional que las indefinidas eran de imposible demostración judicial, debiéndose examinar en cada asunto dicha imposibilidad; por lo que tal carga no podía ser trasladada a las AFP, máxime cuando el traslado había ocurrido hace 26 años y nadie estaba obligado a lo imposible.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, señaló que no había lugar a declarar la ineficacia y darle las consecuencias de una nulidad, ya que al respecto la Corte Constitucional había establecido la diferencia de tales figuras y no se establecía que la falta al deber de información trajera como consecuencia la ineficacia del acto, por su parte se hacía una aplicación indebida del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que no preveía que se debían retrotraer las cosas a su estado original, por lo que el traslado de los aportes debía hacerse conforme el artículo 113 de dicha Ley y no comprendía los gastos de administración.

De igual forma, el formulario de afiliación era un requisito sine qua non para el traslado de régimen y este se había echado de menos a pesar de no haber sido tachado de falso, que para la época en que se trasladó la demandante, no se exigía dejar soportes escritos de la asesoría y en la sentencia nada se había dicho respecto de las contradicciones en que había incurrido la demandante en escrito de demanda e interrogatorio de parte; de igual forma,

sobre la carga dinámica de la prueba, la Corte Constitucional había indicado que con ello se alteraba la lógica probatoria y a la demandante le asistía el deber de cuidado en cuanto a informarse de su situación pensional y se le permitía con la decisión recurrida aprovecharse de su propia culpa.

Indicó en cuanto a los gastos de administración que los mismos no hacían parte de los dineros para financiar la pensión, eran descontados en ambos regímenes y por ello, debían aplicarse a ellos la prescripción trienal y si se concluía que nunca había estado en el RPM, dicho traslado generaba un enriquecimiento sin causa.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA MATILDE ROCHA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 15 de septiembre de 1994, a través de formulario de afiliación suscrito con Porvenir S.A., documental que fue allegada por esta AFP a folio 127 del expediente digital.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del

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

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Sobre este tópico, se tiene que los pronunciamientos jurisprudenciales esbozados por las entidades recurrentes y proferidos por la Corte Constitucional, no ostentan el carácter de vinculantes, pues tal carácter sólo

lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por al actora en el año de 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado como lo señala Porvenir S.A., en su recurso, del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la

obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de las recurrentes, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado de la demandante; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

De igual manera y si bien como lo indican las recurrentes, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, con independencia de si la demandante tenía al momento de su traslado derecho adquirido alguno, ya que contrario a lo indicado por Colpensiones, el deber de información a que se alude debe ser suministrado a **todos** los afiliados, como en efecto lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otros en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

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

Es así como, contrario a lo afirmado por la administradora pensional del RPM, también en sus alegaciones el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con gastos de administración y comisiones, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica Porvenir S.A., en su recurso y alegaciones ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

Proceso Ordinario Laboral No. 07-2019-466-01 Dte: MARÍA MATILDE ROCHA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

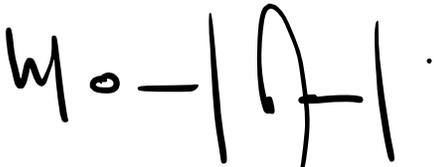
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07 2019 655 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: JULIO CÉSAR TORRES PABÓN

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Al conocer de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, revisa la Corporación la sentencia proferida el 1 de febrero de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y las de la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor JULIO CÉSAR TORRES, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que las demandadas Colfondos, Old Mutual y Porvenir S.A., al momento de trasladarse a estas, no le brindaron toda la información pertinente a su traslado y contrario sensu le suministraron una información incompleta, falsa y omisiva a ese respecto; por lo que solicita se deje sin efecto dichos traslados por ineficaces. Como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se les condene a efectuar el traslado de todo el dinero recaudado por concepto de cotizaciones y aportes sin descuentos de ninguna especie a partir del 1 de abril del 2000 a órdenes de Colpensiones, junto con intereses moratorios.

Solicita se condene a Colpensiones a reconocerle pensión de vejez a partir del 11 de mayo de 2018 y se condene en costas a las AFP del RAIS demandadas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que estuvo afiliado al ISS para los riesgos de IVM entre el mes de julio de 1980, que se trasladó al RAIS a través de la suscripción de un formulario de afiliación ante Colfondos, luego efectuó traslados a Old Mutual Pensiones y Cesantías y Porvenir S.A., AFP esta última en la que se encuentra afiliado desde el año 2004, que en los mencionados traslados, no le fue informado las consecuencias de ellos ni las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales por lo que dichos contratos son nulos al no habersele informado que en el RAIS no percibiría una pensión sino un retiro programado y demás características y condiciones pensionales propias del régimen al que se trasladó.

Indica por último que no renunció al régimen de transición en que se encontraba inmerso, que cuenta con 63 años de edad y agotó la vía gubernativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos

aceptó el enlistado en numeral 7, negó los No. 2, 4 y 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe y pago.

Por su parte, COLFONDOS S.A., de igual manera se opuso a la prosperidad de las pretensiones negó los hechos contenidos en numerales 4 a 6 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad y ausencia de vicios del consentimiento.

PORVENIR S.A., también se puso a las pretensiones invocadas, negó los hechos No. 2 a 4 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación.

COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 7 y 8 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de condena en costas en entidades del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió declarar la ineficacia de las afiliaciones realizada por el demandante al RAIS a través de Colfondos, Old Mutual y Porvenir S.A., ordenando a esta última a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del demandante junto con rendimientos, comisiones y gastos de administración que se hubieren descontado, ordenó a Colfondos y Old Mutual a realizar el traslado de los gastos de administración y comisiones que se hubieran descontado de la CAI del actor y ordenó a Colpensiones recibir como afiliado al demandante.

De igual manera le ordenó a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a

partir de la desafiliación del sistema pensional por parte del señor Julio y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenando en costas a los fondos demandados.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso, le correspondía a la AFP del RAIS, brindar al momento de la afiliación una información clara, cierta y comprensible en cuanto a los efectos del traslado para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, obligación que estaba en su cabeza desde la creación de dichos fondos y ante la omisión de dicho deber, el traslado de régimen no se podía predicar como libre; ya que el deber a que se hace alusión conforme los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, tenía varias etapas en el tiempo, naciendo la asesoría del buen consejo.

Que frente al demandante, a la fecha de su afiliación en el año 2001 con Colfondos a la AFP que promovió dicho traslado, le correspondía haberle señalado las condiciones de acceso, ventajas, desventajas del traslado de régimen y consecuencias del mismo, posteriormente fue introducida por el legislador el deber del buen consejo y el de doble asesoría; que el señor Julio a 1 de abril de 1994, no cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición; no obstante ello la información se debía proporcionar a todos afiliados independientemente de dichas circunstancias y como quiera que la afirmación de no haber recibido la información al momento de su traslado de régimen, correspondía a una negación indefinida cuya prueba de lo contrario, le correspondía a la administradora pensional Colfondos S.A., conforme los preceptos del artículo 167 del CGP, debiendo aportar prueba de ello dentro del trámite procesal y 1604 del C.C.

Al respecto señaló que en el plenario no obraba prueba que la demandante hubiese sido debidamente ilustrada sobre las características de uno y otro régimen, no se acreditaba que la AFP Colfondos S.A., al momento del traslado de régimen pensional al RAIS en el año 2001, obligación que debían cumplir los demás fondos a los que se trasladó el demandante como lo ordenaba la misma Ley 100 de 1993, esto es, haberle brindado una información, clara, veraz y precisa, comprensible y detallada respecto de su

futuro pensional conforme la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo cual constituía una omisión en el deber de información, en los términos legales y jurisprudenciales relacionados; sobre el formulario de vinculación, indicó que no era admisible afirmar que con la firma se plasmó o convalidó su voluntad de mantenerse en el RAIS, ya que de este no se derivaba el cumplimiento del deber de información y los formularios de afiliación allegados, sólo daban cuenta de los datos personales del actor y conforme los interrogatorios vertidos por el demandante y las AFP demandadas, se lograba concluir que no se había cumplido el deber en comento ya que el demandante afirmaba no haberla recibido y a su turno, los representantes legales de las demandadas, indicaron que la única documental con que contaban en cuanto al traslado del actor, era el formulario de afiliación y poco o nada conocían respecto de la idoneidad de los asesores.

Por ello señaló que no obraba ningún medio probatorio mediante el cual se lograra concluir el suministro del deber de información concluyéndose que el mismo se había omitido conforme lo señalado por las partes en interrogatorio de parte; afirmó que no era admisible afirmar que el deber bajo estudio se suplía con la suscripción del formulario de afiliación, cuando del contenido del documento no se desprendía cuál fue la información que se le brindó al actor y tampoco era de recibo la afirmación según la cual el demandante había ratificado su voluntad de permanecer en el RAIS con los traslados horizontales, pues se debía demostrar que había sido informado para tomar la decisión de trasladarse proveniente del RPM y ello no había sucedido; debiéndose disponer conforme los efectos de la ineficacia el traslado de aportes con destino al RPM, junto con rendimientos, gastos de administración y comisiones, estos últimos con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas y cualquier otro emolumento que se hubiera descontado de los aportes del afiliado y Colpensiones debía recibir los mismos, que tales emolumentos.

Que la acción no tenía el carácter de imprescriptible como quiera que versaba sobre la situación pensional del actor y dichos derechos, no se afectaban por esta figura, lo propio ocurría con los aportes y emolumentos cuya devolución se ordenaba, sin que hubiere lugar a ninguna restitución mutua. Indicó que no se incurría en descapitalización del sistema con el

traslado que se ordenaba, ya que el trabajador había cumplido con su carga de cotizar al sistema y dichas cotizaciones serían objeto de traslado.

En cuanto a la pretensión encaminada a reconocimiento pensional de vejez, señaló que conforme las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con 62 años de edad, los que alcanzó el 11 de mayo de 2020 y contaba con 1374 semanas cotizadas a octubre de 2019, razón por la cual acreditaba los requisitos para acceder a la prestación reclamada debiendo ordenarse a Colpensiones aceptar el traslado del actor y de los emolumentos señalados y una vez hecho esto, debía reconocer la pensión de vejez bajo estudio una vez este acreditara el retiro del sistema pensional. Negó el pago de intereses moratorios por cuanto el actor no se encontraba afiliado a Colpensiones y no se debía condenar en costas a esta última entidad por no haber intervenido en ninguno de los actos o contratos declarados ineficaces.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colpensiones** señaló que en el caso bajo estudio, si bien por vía jurisprudencial se había señalado que la falta del deber de información generaba la ineficacia, para el caso particular del demandante se lograba determinar varias contradicciones en los interrogatorios de partes vertidos, pues los fondos indicaron que a él se le enviaban extractos de su situación pensional, cuestión que negaba el actor, aunado a ello la sola afirmación de no serle al afiliado beneficiario el RAIS, no podía generar la ineficacia de su afiliación y con fundamento en el principio de sostenibilidad financiera, no se debía permitir el retorno de los afiliados y abrir esa brecha fiscal, máxime cuando esa entidad nunca tuvo que ver en los traslados del actor, quien a pesar de haber realizado traslados horizontales, nunca manifestó la intención de retornar al RPM, lo que denotaba su intención de permanecer al RAIS.

Por su parte, **Colfondos S.A.**, señaló que no era procedente la devolución de gastos de administración por cuanto los mismos se realizaban por autorización de la Ley y se realizaban en ambos regímenes, que ellos generaron unos rendimientos y no se evidenciaban perjuicios, aunado a ello

dichos gastos ya no estaban en poder de la AFP por cuanto fueron destinados a cubrir los seguros previsionales y disponer su devolución generaba un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y podría tenerse como una condena en perjuicios sin que se haya demostrado que se hubiera generado algún perjuicio, debiéndose realizar una ponderación entre los rendimientos causados con las cotizaciones del actor y los gastos de administración, siendo los primeros mucho más beneficiosos.

Porvenir S.A., señaló que esta entidad no estuvo presente en el traslado del demandante proveniente del RPM, sin embargo el fallo la perjudicaba por cuanto era un tercero de buena fe y no podía rechazar la afiliación del demandante en el año 2004, data para la cual se le brindó a este una información clara, completa y comprensible en cuanto a las consecuencias de su traslado, declarando una ineficacia con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que no preveía que se debían retrotraer las cosas a su estado original, por lo que el traslado de los aportes debía hacerse conforme el artículo 113 de dicha Ley y no comprendía los gastos de administración.

Que en cuanto a los gastos de administración, estos no formaban parte de la prestación por vejez y por ello estos dineros sí debían estar sujetos al término prescriptivo, de igual manera la SuperFinanciera había indicado que cuando se generaba una nulidad de traslado, sólo era procedente trasladar cotizaciones junto con rendimientos, por ello trasladar los gastos de administración generaba un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y si bien se había señalado que Porvenir únicamente había allegado el formulario de afiliación suscrito por el actor, también debía tenerse en cuenta que esto le quitaba cualquier tipo de carga procesal al demandante, quien únicamente tenía que indicar que no se le había suministrado información para que se accediera a sus pretensiones.

Skandia - Old Mutual Pensiones y Cesantías afirmó que de igual manera no se podía disponer el retorno de los gastos de administración pues se habían trasladado cotizaciones y rendimientos y ellos no contaban con ningún dinero de este afiliado, que se hacía una indebida aplicación de la ineficacia por cuanto no había lugar a retrotraer los efectos de la afiliación y

no se tenía en cuenta que los rendimientos generados con las cotizaciones cubrían la mesada pensional a que hubiera lugar y no se hubieran generado si hubiera seguido afiliado al RPM, que se habían descontado con apego a la normatividad legal proferida al respecto y su devolución generaba un detrimento al fondo pensional ya que al actor le bastaba únicamente afirmar que no recibió afirmación sin prueba alguna para generar las consecuencias de la ineficacia y por ello el precedente judicial se estaba aplicando de manera equivocada por cuanto no se observaban las circunstancias particulares de cada caso.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por el señor JULIO TORRES PABÓN, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 28 de marzo de 2001, a través de formulario de afiliación suscrito con Colfondos S.A., documental que fue allegada por esta AFP como se verifica en expediente digital, de igual manera, peticiona los mismos efectos en cuanto a las afiliaciones que realizara con Old Mutual Pensiones y Cesantías y Porvenir S.A., los mismos que no fueron objeto de reparo y quedaron demostrados durante el trámite procesal.

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

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

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por las recurrentes Porvenir y Old Mutual, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta

del acto de traslado de régimen, promovido por Colfondos S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actora en el año 2001, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones, documental de la que no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho

procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

Conforme criterio jurisprudencial en cita, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, aspecto que si bien indica la recurrente Old Mutual se echó de menos en la decisión de primer grado, lo cierto es que analizado el cumplimiento del deber de información de cara al señor Julio Torres, esta Sala arriba a igual conclusión ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, contrario a lo que indica Porvenir S.A. y como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

De igual manera y si bien como lo indican las recurrentes, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados.

Es así como, contrario a lo afirmado por la administradora pensional del RPM en su recurso y alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que

administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con gastos de administración y comisiones, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indican las recurrentes Colfondos, Old Mutual y Porvenir S.A., esta última también en alegaciones, atendiendo a que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

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

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A. en su recurso, no ostenta el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, corporación que como se señaló ha reiterado la procedencia de dicho traslado y si bien Old Mutual indica que efectuó dicho traslado a órdenes de Porvenir S.A., no allegó prueba de tal afirmación, debiendo entonces efectuar el traslado de gastos y comisiones de administración a que fuera condenada.

Procede señalar que contrario a lo manifestado por la recurrente Old Mutual, los traslados horizontales que efectuara el actor dentro del RAIS, de ninguna

manera se pueden tener como ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen, ya que tal acto de afiliación desde su nacimiento se predica ineficaz, al no haber estado precedido de la información suficiente para el efecto.

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

PENSIÓN DE VEJEZ

Es así como resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse en grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión encaminada al reconocimiento pensional de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a efectuar reconocer pensión a favor del aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Porvenir los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración, últimos que también deben ser trasladados por las otras demandadas como consecuencia de la ineficacia que se confirmará en esta oportunidad, razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, razón por la cual, se revocará el numeral CUARTO de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: REVOCAR el numeral CUARTO de sentencia recurrida para en su lugar ABSOLVER a Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

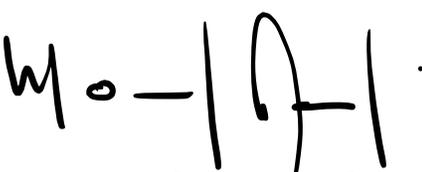
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 08-2017-0420-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ORLANDO ROJAS CAMPOS

DEMANDADOS: ALMACENES ÉXITO S.A.; SERVIFLY S.A.S., Y
BERTHA RIOS VILLADA

LLAMADO EN GARANTÍA: SEGUROS GENERALES
SURAMERICANA S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de marzo de 2021.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor Orlando Rojas Campos por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de dos contratos de trabajo, previa declaración de responsabilidad solidaria con Almacenes Éxito S.A.; el primero, suscrito con la demandada, la señora Bertha Ríos Villada para el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 2012 y el 02 de octubre del año 2015, y como consecuencia de ello, se condene al pago de los conceptos de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria de que tratan los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Pretende la declaración de segundo contrato de trabajo suscrito con la sociedad demandada SERVIFLY S.A.S., para el periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 2015 hasta el 28 de abril de 2017, y como consecuencia de ello solicita se condene por los mismos conceptos antes referidos, a la sociedad mencionada, y costas del proceso.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, respecto de la demandada Bertha Ríos Villada existió un contrato de trabajo comprendido entre el 29 de noviembre de 2012 hasta el 02 de octubre del año 2015, para ejercer el cargo de conductor, teniendo como último salario la suma de \$644.000; en cuanto a la relación laboral con la sociedad SERVIFLY S.A.S., manifestó que ésta tuvo lugar entre el 26 de noviembre de 2015 y el 28 de abril del año 2017, también para ejercer el cargo de conductor, y como último salario la suma de \$737.717.

Agregó que los conceptos laborales que pretende no le fueron pagados; que en lo que respecta a la solidaridad del artículo 34 del CST, la misma debe declararse con Almacenes Éxito S.A., al interior de los dos contratos de trabajo deprecados, al argumentar que dentro del objeto social de Éxito S.A. aparece la distribución de toda clase de mercancías y productos nacionales, que ese almacén se benefició de la labor ejecutada por el demandante; por último refirió que, el 21 de junio de 2017 elevó petición ante las demandadas, sin que obtuviera respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada SERVIFLY S.A.S. y la persona natural de Bertha Ríos Villada contestaron la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó únicamente lo relacionado a que, dentro del objeto social de Almacenes Éxito S.A., se encuentra la *distribución de toda clase de mercancías y productos nacionales*. Como excepciones de



**Proceso Ordinario Laboral 08 – 2017 – 0420 – 02 DTE: ORLANDO ROJAS CAMPOS DDO:
ALMACENES ÉXITO Y OTROS**

mérito formuló las que denominó inexistencia de los derechos laborales reclamados; cobro de lo no debido; y, buena fe.

Por su parte, Almacenes Éxito S.A. contestó la demanda manifestando la imposibilidad de pronunciarse frente a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó únicamente lo relacionado a la relación contractual entre ésta y la sociedad SERVIFLY S.A.S., entre el 26 de noviembre de 2015 y el 28 de abril de 2017. Como excepción previa que se declaró no probada, formuló la de indebida acumulación de pretensiones, y de mérito falta de legitimación en la causa por pasiva; cobro de lo no debido; prescripción; y buena fe.

Seguros Generales Suramericana S.A., procedió a contestar la demanda y el llamamiento en garantía efectuado por Almacenes Éxito S.A.; frente a la demanda principal manifestó oponerse a las pretensiones y no constarle los hechos de la misma. Como excepciones formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de Almacenes Éxito S.A.; ausencia de relación laboral entre el demandante y Almacenes Éxito – cláusula de indemnidad a cargo del contratista – inexistencia de obligación; ausencia de solidaridad – inexistencia de los elementos para que opere la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST entre Almacenes Éxito y los restantes demandados – ausencia de obligación; existencia y prueba de una relación de carácter comercial entre el demandante y Servifly – suscripción libre, consiente y autónoma de un contrato de prestación de servicios por parte del demandante que desvirtúa la existencia de una relación laboral; y prescripción.

Respecto del llamamiento en garantía se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 3, y no aceptar o no



contarles los demás. Como excepciones formuló de mérito las que denominó inexistencia de la obligación en cabeza de Suramericana; ausencia de cobertura de la póliza de cumplimiento 1280491-7 – los hechos se presentaron por fuera del periodo de vigencia de la misma; ausencia de obligación – la sanción del artículo 55 del CST, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y demás sanciones cuyo pago se pretende no hacen parte de la cobertura del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; y, sujeción a los términos, condiciones y límites del seguro de cumplimiento de grandes beneficiarios N°1280491-7.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas BERTHA RIOS VILLADA, SERVIFLY S.A.S., y ALMACENES ÉXITO, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor ORLANDO ROJAS CAMPOS.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN relevándose el Despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente sentencia, ENVIAR el presente asunto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: Condena en costas a cargo de la parte demandante, líquidense por Secretaría fijándose como agencias en derecho la suma de \$908.526.



NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

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

“Que el problema jurídico consiste en determinar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 29 de nov de 2012 y el 2 de octubre de 2015 suscrito entre el dte y la demandada Bertha Ríos, y un segundo contrato entre el 26 de nov de 2015 al 28 de abril de 2017 y como consecuencia de ello determinar si hay derecho al pago de las pretensiones de la demanda, y establecer si procede condenar a Almacenes Éxito como responsable solidario al pago de las acreencias laborales, y si la llamada en garantía debe responder por eventuales pagos o prestaciones sociales o indemnizaciones a los que pueda ser condenado el Éxito.

Frente a la existencia de los dos contratos de trabajo las demandadas se oponen afirmando que existieron contratos de prestación de servicios; que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes ni que se rija por estipulaciones especiales, pues lo que configura un contrato de trabajo es la forma como se configura la prestación, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal conforme el art 53 de la CP y la jurisprudencia.

Que conforme la jurisprudencia laboral y la presunción del art 24 del CST, que cuando queda plenamente demostrado la prestación personal del servicio a favor del demandado se presume la existencia de un vínculo laboral trasladándose la carga de la prueba al demandado quien debe derruir la presunción, sentencia 32701; que advierte que no existe controversia frente a la prestación personal del servicio pues en la contestación de la demanda aceptó la prestación personal del servicio del actor a su favor bajo el supuesto que se dio bajo una relación de naturaleza civil y bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios para que el demandante ejecutara labores de conductor, quedando cobijado el actor con dicha presunción.

Sobre las pruebas citó a folio 3 carta de presentación suscrita por Servifly S.A.S., dirigida al éxito del 26 de nov de 2015 en la que se indica que el dte va a prestar servicios en la camioneta, a folio 48 certificación de Bertha Ríos en la que certifica la modalidad del contrato con el dte y salario básico más lo devengado por comisiones de rodamiento del 1 de junio de 2017, a folios 67 a 72 copias de los contratos de prestación de servicios de transporte suscritos por el dte y la señora Bertha Ríos en calidad de propietaria y representante del Servifly S.A.S., a folio 73 a 80 copia de los certificados de aportes al sistema de seguridad social realizados por el dte, folios 81 a 84 copia de la respuesta a la petición del 22 de mayo de 2017 elevado por el actor, suscrita por la señora Bertha, folios 135 a 141 copia del contrato de prestación de servicios terrestres entre el éxito y Servifly.

El testimonio de Mónica Patricia Villarreal y Andrea de los Ángeles Aguirre, interrogatorios de parte al dte del cual se resalta lo afirmado por este frente a que su vinculación con Servifly fue mediante un contrato a término indefinido suscrito en principio con la señora Bertha Ríos y después con Servifly, que fue contratado como conductor con la camioneta y el objeto era transportar mercancías, que la señora Bertha le dijo que el contrato consistía en cumplir un horario de 8 de la mañana a 6 de la tarde, y que le sería cancelado el salario mínimo legal y la seguridad social, contrario a lo estipulado en los contratos de prestación de servicios allegados por las demandadas, ya que en dicho contrato se dijo que se obligaba a prestar el servicio de



**Proceso Ordinario Laboral 08 – 2017 – 0420 – 02 DTE: ORLANDO ROJAS CAMPOS DDO:
ALMACENES ÉXITO Y OTROS**

transporte de forma independiente en calidad de transportador en beneficio de las demandadas o de terceros para lo cual le sería pagada la suma por el servicio prestado más otra suma por concepto de rodamiento por valores que ascendían a \$644.350 por el valor del contrato firmado el 1 de marzo de 2014 y por valor de rodamiento la suma de \$1.626.000, y por el contrato firmado para el 26 de nov de 2015 las sumas de \$644.350 y por rodamiento la suma de \$1.585.410, que al preguntársele si la firma que aparece en el contrato indicó que lo había suscrito por él, dijo que no le cancelaban sumas adicionales por ningún otro concepto ni por horas extras, que no se afilió como independiente y que fue afiliado por la señora Bertha a seguridad social, que ella controlaba el horario de entrada y de salida y que también era controlado por el coordinador de domicilios del grupo éxito por medio de una planilla; que lo mantenían controlado en medio de las entregas por medio de llamadas, sin embargo, al preguntársele la frecuencia de ese control señaló que era una o dos veces al día, que en la mañana les indicaban el número de entregas a realizar en el día y quien decía o distribuía el orden era él mismo, puesto que la coordinadora del éxito les señalaba que los enrutaba teniendo en cuenta que sabía más de ello, agregó que solo tenía una hora de almuerzo pero que la misma no estaba determinada y que podían escoger a que hora almorzarían, que el carro era de su propiedad, que estaba a su nombre y que en el registro sanitario requerido para poder trabajar como transportador lo solicitó a nombre suyo también, en cuanto a la suma por el rodamiento dijo que no existía un control sobre dicho dinero y que él solo usaba para el camión, frente a si se podía ausentar por motivos personales o salud señaló que durante la duración de los dos contratos de trabajo solo faltó tres días y eso debido a un accidente que tuvo y que lo incapacitaron por dicho término y que nunca le fueron pagadas dichas incapacidades, que debía avisar si no se presentaba al trabajo y que los días de incapacidad la señora Bertha envió a otra persona para su reemplazo por lo que el dte se estaba contradiciendo, además que esta prueba busca obtener la confesión del interrogado y solo se tendrán en cuenta las manifestaciones que resulten contrarias a sus intereses y de lo contrario sería avalar que la propia parte fabrique su prueba.

Los testimonios de Mónica Villarreal jefe de recurso del éxito señaló que si bien no conocía al dte, si conocía el objeto del contrato con Servifly que era para el transporte de mercancías que debían ser recogidas en los centros de distribución para despachar a otros almacenes, que la empresa no suministra los medios de transporte, y que las transportadoras cuentan con sus propios camiones, que en caso de inconvenientes en las entregas se contactaba directamente con la persona jurídica o la transportadora encargada de realizar el servicio de entrega y que así mismo no se encontraba facultada para realizar llamados de atención o requerimientos a las personas encargadas del transporte de mercancías, teniendo en cuenta que no es personal contratado por la empresa.

La testigo Andrea González conoció al dte teniendo en cuenta que prestó los servicios para Servifly desde el año 2014 hasta el año 2020 y que trabajó para la señora Bertha Ríos en el año 2001 y por temporadas hasta el año 2014 señaló que era la persona encargada de ubicar personal para la prestación del servicio enviándola al Éxito la persona que ellos consideraban era la correcta para el transporte de mercancías, cuya actividad consistía acercarse a los puntos de distribución de mercancías para ser entregados tanto a clientes como otros almacenes del éxito, indicó que los vehículos eran de propiedad de los mismos conductores, que el encargado de cancelar al dte por servicio prestado era Servifly, en cuanto al cumplimiento del horario adujo que debía cumplir con las entregas asignadas, que las obligaciones del dte eran mantener el vehículo en buen estado y los documentos al día, el servicio al cliente y la presentación personal, que en caso de no haber pedidos no tendría por qué estar en el almacén, que



**Proceso Ordinario Laboral 08 – 2017 – 0420 – 02 DTE: ORLANDO ROJAS CAMPOS DDO:
ALMACENES ÉXITO Y OTROS**

no debían solicitar permisos en caso de ausentarse y que solo debía avisar para proceder a enviar otra persona que realizara la entrega de las mercancías, frente a la modalidad de pago indicó que solo le pagaban por el servicio prestado y si existían días en los que no trabajara simplemente no se le cancelaba, que dichos pagos se realizaba después que el dte presentara cuenta de cobro la cual era validada con el éxito y debían realizar la entrega de unas camisas a los conductores pero por cuestión de presentación personal.

Que las pruebas testimoniales gozan de credibilidad, ya que la relación de las deponentes con las demandadas se puede concluir que sus manifestaciones devienen de la percepción directa de los hechos sobre los cuales declararon, quienes se mostraron conocedoras de las circunstancias contractuales del dte siendo certeras y espontaneas en sus afirmaciones dando cuenta de la relación contractual que tuvo el dte con la señora Bertha y con Servifly y en relación con el éxito.

Concluye del análisis integro de las pruebas recaudadas bajo los principios de la sana crítica y de la libre apreciación de la prueba, que la señora Bertha Ríos y Servifly lograron derruir la presunción que cobijó al actor por cuanto el dicho de los testigos y de los documentos aportados se pudo establecer que la ejecución de las labores de conductor no fueron mediadas por la subordinación emitida por algunas de las demandadas, teniendo en cuenta que la labor ejecutada por el actor era autónoma al punto que podría realizar la entrega de las mercancías de acuerdo a la consideración propia teniendo en cuenta que tenía más conocimiento para enrutar las entregas, el automotor del dte era de él, y que los otros conductores contaban con su propio automotor, que no era suministrado por la señora Bertha Ríos ni por Servifly o por el éxito, que además de ello en caso de faltar al servicio prestado no se ve afectado pues enviaba a otro conductor para que cumpliera con las entregas correspondientes a ese día, que su remuneración no era fija toda vez que depende del número de servicios prestados quincenalmente como se evidencia de los certificados de aportes al sistema de protección social en donde se observa que las sumas que no eran fijas variaban los valores correspondientes al ibc en un mismo año y dado el contrato de prestación de servicios de transporte, el valor del contrato correspondió por servicio prestado situación que al momento de suscribir el mismo el dte aceptó, como también se observa que se encuentra afiliado al sistema de seguridad social de manera independiente quedando así desvirtuada totalmente la subordinación y generando la existencia de una relación contractual y desdibujando la inexistencia de una relación laboral entre el dte y la señora Bertha Ríos o Servifly, que las demandadas desvirtuaron la presunción del artículo 24 del CST, pues se demostró que la relación entre el actor y las demandadas estuvo regida a través de contratos de prestación de servicios a través de las cuales el dte ejecutó su profesión de conductor para la entrega de mercancías de manera autónoma sin la mediación de subordinación, por lo cual se absolverá a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra dado que las mismas derivaban de la prosperidad de la declaración de la existencia de la relación laboral la cual no se demostró. Declarará probada la excepción de cobro de lo no debido relavándose del estudio de los demás medios exceptivos.



APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Interpone recurso de apelación en los siguientes términos: que debe tenerse en cuenta que con la demanda se busca la declaratoria de dos vínculos contractuales, el primero, entre el 29 de nov de 2012 al 2 de octubre de 2015, entre el actor y Bertha Ríos Villada, y el segundo, con la sociedad Servifly S.A.S., entre el 26 de nov de 2015 hasta el 28 de abril de 2017; que para los dos vínculos se busca la declaratoria de responsabilidad solidaria con el Éxito. Solicita se revoque la sentencia, para que se declaren los dos vínculos laborales y que también el Éxito sea responsable solidario.

Que en las contestaciones de la demanda incluso del llamado en garantía se deja ver la prestación personal del servicio, la cual según el juzgado no fue desvirtuada ni fue descartada; que no solamente se necesita la prestación personal del servicio para que pueda nacer a la vida jurídica el contrato realidad o laboral a término indefinido, sino que también hay que tener en cuenta los extremos temporales y la remuneración, para efectos de poder cuantificar las liquidaciones a que haya lugar.

Que los extremos temporales de las dos relaciones laborales están probados y su remuneración; que el juzgado no tuvo en cuenta los documentos y testimonios allegados, ni tampoco las confesiones de la señora Bertha y por parte de Almacenes Éxito. Solicita al Tribunal que valore integralmente el interrogatorio y la confesión por parte de Bertha Ríos, como representante legal de la demandada Servifly, y como persona natural demandada, y la confesión del almacén, ya que el juzgado no valoró, ni siquiera nombró en la parte motiva lo que tenía que ver con el asunto, tanto así que la demandada Bertha dice que él tenía unas obligaciones con un horario de 8 am a 6 pm, que ella le pagaba el mínimo, estoy reproduciendo tal cual lo que está en el audio lo que dijo la señora, que conducía una camioneta, que tenía que trabajar en el Éxito Country, que daban una planilla a la hora de salida, que siempre se presentaba en el Éxito, que se le pagaban de forma quincenal, que tenía que ir personalmente el señor. Que el Éxito dijo en el interrogatorio de parte se hacían unos registros, que habían unas rutas, que se presentaban unas planillas, que eventualmente no se hacían cuentas de cobro pero era porque Servifly tenía otro contrato con ellos, que en ese sentido solicita se tenga en cuenta el contrato de prestación de servicios que fue allegado por la demandada y que no fue valorada por el a quo, y que este es importante porque desvirtúa la autonomía técnica, operativa, financiera, tanto así que en uno de los apartes del contrato dice que el señor debía cumplir con el servicio a fin que esta pueda tomar medidas para ¿?, que en el mismo contrato de prestación de servicios se dice que el actor debía participar en la inducción y orientación, instrucción, también se dice que el contratista o sea el dte se le podían descontar por si se dañaba algún producto, esta cláusula no demuestra más que una sanción, es decir, que desde el mismo contrato de prestación de servicios se denota un carácter sancionatorio, régimen disciplinable, donde se le podía descontar al trabajador, por si se le dañaba o perdía algo; que en la cláusula 12 del contrato se dice que el señor debe tener un carnet de manipulación de alimentos y cumplir con los requerimientos para el transporte de los mismos, además de portar las dotaciones requeridas para estas entidades tapabocas y otros, que también se comprometía a asistir a reuniones programadas por la empresa a la cual le esta prestando el servicio y que también quedó acreditado que era almacenes éxito quien suministraba las herramientas, insumos y lo necesario para desarrollar sus funciones, y que por ello no es de recibo que el simple hecho que el



**Proceso Ordinario Laboral 08 – 2017 – 0420 – 02 DTE: ORLANDO ROJAS CAMPOS DDO:
ALMACENES ÉXITO Y OTROS**

señor rojas haya puesto su carro para trabajar descontextualice desdibuje un contrato laboral, pues la legislación colombiana prevé que los trabajadores pueden llevar su propio vehículo, esto pasa muchísimo con los domiciliarios, estas personas a pesar que llevan su vehículo se les tiene que pagar un rodamiento, que en ocasiones la Corte ha reconocido ese rodamiento como factor salarial, que es tanto el alcance de esta figura de rodamiento, que de por si sola que el señor haya llevado su carro para trabajar no quiere decir que el haya aportado las herramientas y que eso mute en una autonomía o en una independencia; que a título de ejemplo también pasa con los guardas de seguridad supervisores, que a ellos muchas veces las empresas no les dan las motos si no que se les contrata y como requisito deben tener una moto y se les paga un rodamiento por esa moto, porque es una forma de flexibilizar los gastos y los costos de los empresarios y por ello la ley laboral permite eso, siempre y cuando quede estipulado qué va a ser rodamiento y qué va a ser salario.

Que en el contrato de prestación de servicios aportados por los demandados en el numeral 4 de la clausula 3 dice que el actor debe colaborar en la elevación del nivel cultural, organización y empresa y superación personal del contratista con la implementación de programas de bienestar social y en coordinación con las empresas, que esto no denota más que una jerarquía organizacional y estructural de todas las empresas, que si bien es cierto la Corte y los Tribunales han dicho que los contratistas deben actuar armónicamente y que la coordinación o directriz no muta en una subordinación, la prueba contexto y lo que aquí quedó plasmado en la demanda si se constata plenamente que esta persona tenía que mostrar una imagen y que tenía una jerarquía, que cuando se le pregunta al representante legal de almacenes éxito si dentro del objeto social ellos tenían su propio parque automotor para hacer los domicilios, comercialización, ellos dijeron que no, que hasta ahora se estaba implementando, que cuando el dte prestó las funciones como conductor domiciliario, en esos momentos no había parque automotor, esto martilla más la idea que el dte hace parte de esa cadena productiva del éxito y que este por no tener su propio personal para desarrollar esas actividades lo que hizo fue contratar a la señora Bertha Ríos y a Servifly para que ellos hicieran la venta y la entrega de esos productos.

Que en la cláusula quinta del contrato de prestación de servicios habla del valor del contrato en la suma de \$10.616.000 más comisiones por servicios prestados; fijese que el tema de la comisión en un contrato de prestación de servicios donde se habla de un salario de \$616.000 el mínimo para la época, y que por lo tanto para la comisión no se está hablando de un contrato de corretaje, ni de consignación sino de un contrato laboral y que esa comisión desde la naturaleza laboral no es más que un incentivo por hacer algo bien y que tiene connotación con la prestación del servicio, que el señor se ganaba su salario mínimo más comisiones.

Que la clausula penal se habla que el contratista pagará una multa por inasistencia al servicio cuando no dé aviso al contratante con anticipación mínima de dos horas por un valor correspondiente a las dos horas de turno, y que ese dinero sería destinado al fondo de bienestar social en beneficio de los contratistas, que había hasta un fondo de bienestar social, que todas esas características no son más que elementos por decirlo así de empresas consolidadas con jerarquías aterrizadas con estructuras organizadas y que deja entrever la relación laboral, que aquí de nuevo aparece el elemento del régimen sancionatorio, disciplinario, que tenía que avisar, que si no se avisaba tenía que pagar la tarifa por las horas.

Que en los contratos laborales debe haber un reemplazo cuando una persona no va, que únicamente falló cuando estuvo enfermo y como esta persona tenía un carro no era un trabajador cualquiera, que en este caso cuando el dte no pudo asistir el juzgado desvió lo que quiso decir el deponente, pues él dijo que podía mandar a alguien, pero



**Proceso Ordinario Laboral 08 – 2017 – 0420 – 02 DTE: ORLANDO ROJAS CAMPOS DDO:
ALMACENES ÉXITO Y OTROS**

era para que tuviera también esas mismas condiciones laborales, es decir, que también tuviera un carro, que no fuera un carro cualquiera, que tuviera unas especificaciones, que fuera aislado por el tema de sanidad.

Que en la cláusula 8 del contrato se dice oportunidad en la entrega de mercancías y dineros y que el dte se obligaba a reportar y entregar los dineros recibidos por las ventas a los beneficiarios a los funcionarios encargados de los puntos de venta en forma inmediata al finalizar el servicio de transporte al igual que las mercancías transportadas,; que no solamente el dte tenía que hacer la entrega de mercancías, que lo que hace responsable solidario al éxito es que no tenía su propio parque automotor y tenía que contratar a un tercero; que por el hecho que tenía también que entregar dineros eso lo hacía intermediario o vendedor para captar ese dinero y entregárselo al éxito, lo que deja ver que el simple hecho que el trabajador pudiese organizar su ruta no le da autonomía, porque si recibía dinero él no podía poderle ponerle precio a los productos; que cuando se le pregunto a quien se hacía un reclamo por una ruptura o una entrega tarde es el éxito directamente, que reconvenía a la señora Bertha Ríos o a Servifly, y que si el conductor tiene que hacer una ruta y dentro de su georreferencia ve que es mas factible entregar primero un pedido porque esta más cerca, pues desde la lógica lo va a hacer, o si le dicen que entregue un pedido en las horas de la tarde y ese lugar es cerca pues lo va a entregar en la tarde; que el señor haya tenido la autonomía de decidir qué pedido entregaba primero no es más que por razones de conveniencia para optimizar el tiempo y entregar todos los pedidos y que por ello esa no sería una razón válida de autonomía e independencia; que un funcionario judicial tiene un contrato laboral con el Estado con la rama judicial pero dentro de su autonomía mirara qué procesos saca primero, cuales son más complejos, a cuales hay que darles trámite y eso es simplemente son las aptitudes y cualidades de cada trabajador, por ello no es una razón válida que el dte armaba su propia ruta no quiere decir que sea autónomo en eso, porque el no podía disponer a qué clientes, a él le daban 20 clientes para entregar y tiene una zona y unas rutas, él no podía preguntar que hay para hacer hoy, coja estos 20 clientes y mire como los lleva, no, él tenía una zona plenamente estructurada, clientes determinados, recibía dinero por ventas que él hacía, y lo que el mismo dte dice, que nadie puede fabricar su propia prueba, que manifestó que cuando terminaba temprano tenía que quedarse en la empresa hasta las 6 de la tarde esperando nuevas directrices o nuevas órdenes, luego eso denota disponibilidad en el tiempo.

Que en la cláusula 11 sobre rodamiento dice que se cancelará la suma de \$1.626.000 mensuales en los periodos según la cláusula quinta, para un valor de \$2.242.000; que si se está hablando de un contrato de transporte no se entiende por qué hay un rodamiento, por qué en un contrato de transporte podemos decir en una cláusula que se va a pagar \$1.626.000 de rodamiento y en la cláusula quinta se dice que se van a pagar \$626.000, y si el contrato de transporte es así tendría que haberse incluido la suma de \$2.242.000 como un todo y no dividir tales conceptos; que las cláusulas 5 y 11 y el contenido, no deja más que ver que era un contrato de trabajo donde tenía un contrato mínimo y una cláusula de rodamiento la cual desvirtúa el contrato de transporte porque sería repetitivo indicar lo mismo.

Que la cláusula 13 dice sobre la cesión del contrato “ninguna de las partes podrá ceder el presente contrato a un tercero sin la previa autorización expresa y escrita de la otra parte, lo que quiere decir que el dte tenía la prohibición contractual de ceder el contrato, que ninguna otra persona diferente a él podría ejecutar las labores para las cuales fue contratado, siendo el servicio prestado personalmente y que el mismo empleador le dijo que no podría haber otra persona que ejecutara eso salvo que lo autorizara.



**Proceso Ordinario Laboral 08 – 2017 – 0420 – 02 DTE: ORLANDO ROJAS CAMPOS DDO:
ALMACENES ÉXITO Y OTROS**

Que la cláusula que marca el derrotero probatorio es la 14 “devolución de elementos de trabajo”, que si el despacho hubiera revisado las documentales aportadas hubiera llegado a otra conclusión, porque el contrato de prestación de servicios es más un contrato laboral, que sorprende que un juzgado que tuvo un proceso tanto tiempo no tuvo la delicadeza de revisar las pruebas, ni siquiera en conjunto, que la cláusula 14 dice que el contratista se compromete a devolver al contratante los elementos de trabajo que se hubiese recibido para la prestación del servicio en perfecto estado salvo el desgaste natural del uso, que en cas de no efectuarse esa devolución a la terminación del contrato, el contratante queda autorizado para descontar del valor de las comisiones adeudadas al contratista, que la misma cláusula permite inferir que la demandada Servifly y Bertha Ríos fueron los que entregaron los elementos de trabajo, las dotaciones, que esa prohibición es de naturaleza laboral conforme el art 65 del CST que dice que el empleador deberá pagar las prestaciones, salarios e indemnizaciones a la terminación del contrato de trabajo salvo que haya una autorización que en este caso hay una autorización y las demandadas suministraban esos elementos de trabajo, y que es claro que el a quo no tuvo en cuenta las documentales aportadas.

Que hay que distinguir tres cosas: 1. Que no se valoraron todas las pruebas documentales, - contratos de prestación de servicios -.2. fueron valoradas de forma incompleta, se parcializó la prueba, 3. Se le dio un alcance diferente a lo que la prueba quería decir; que lo que se puede extraer es que hubo deficiente valoración probatoria, ya que la parte motiva indicó que los deponentes no pueden fabricar su propia prueba pero que nada se dijo del interrogatorio de parte del éxito, de Bertha Ríos como persona natural y como representante legal de Servifly, tampoco lo que los testigos dijeron que aunque tenían conocimiento se parcializó lo dicho por los testigos, ya que solo favoreció al éxito.

Que el juzgado al no encontrar probada la relación laboral entre el actor y los demandados se sustrajo de resolver sobre la responsabilidad solidaria, pero almacenes éxito llamó en garantía a una aseguradora que formuló excepciones, que el llamado en garantía, el contrato de seguro por ser aleatorio podría ocurrir o no, es decir que podría o no materializar el riesgo contratado que es salarios, prestaciones e indemnizaciones y que si existía esa posibilidad se puede aterrizar dos situaciones, 1. Que cabe la existencia de una relación laboral, y 2. Que al existir esa relación laboral el que tendría que responder sería el llamado en garantía hasta su cobertura o vigencia, y por tanto, existió esa responsabilidad solidaria, que la demandada no actuó de buena fe, que no hay razones serias y atendibles que les pueda exonerar de buena fe, y por ello solicita al Tribunal acceda a todas las pretensiones de la demanda, esto es que, entre el actor y la señora Bertha Ríos existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 29 de nov de 2012 al 2 de oct de 2015 y como consecuencia de eso ordenar el pago de las pedido en la demanda, y que para esa misma vigencia condenar solidariamente a almacenes éxito al estar probados con la confesión del representante legal del éxito y por lo que arrojan los objetos sociales de dichas sociedades, y se puede determinar que Servifly y Bertha Ríos hacen parte de la cadena productiva y las labores ejecutadas por el dte hacen parte del giro ordinario del éxito, y debe accederse a la declaratoria de la relación laboral entre el 26 de nov de 2015 al 28 de abril de 2017 entre el actor y Servifly S.A.S., para así condenar a las pretensiones de la demanda y que se declare la responsabilidad solidaria con el éxito.

Solicita estudiar en contexto y bajo la sana crítica y en conjunto todos los medios de convicción aportados y allegados oportunamente, los contratos de prestación de servicios que lo que buscan es disfrazar una relación laboral los que tampoco fueron tachados de falsos, simplemente el despacho se dejó llevar por el título que decía contrato de prestación de transporte a pesar que citó una jurisprudencia de la sala



**Proceso Ordinario Laboral 08 – 2017 – 0420 – 02 DTE: ORLANDO ROJAS CAMPOS DDO:
ALMACENES ÉXITO Y OTROS**

laboral 32701 no hizo operar la magnitud que merecía el caso pues los medios de convicción son absolutamente claros y los hechos que se redactaron y las pretensiones que se formularon, solicito al Tribunal hacer una valoración probatoria de todos los testigos y de todos los elementos probatorios y revocar en su totalidad la sentencia apelada, reiterando que no existe buena fe por parte de la demandada Bertha Ríos y de Servifly y que acreditada la mala fe la condena por las indemnizaciones moratorias sea extensiva al responsable solidario.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece a la solicitud para que se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta el análisis de las pruebas en conjunto, que a su parecer permiten concluir la existencia de una relación laboral con los demandados, para que así, también, se declare la responsabilidad solidaria de Almacenes Éxito S.A.

Sea lo primero recordar que, la declaración de existencia de los dos contratos de trabajo se pretende tanto de una persona natural, como una jurídica, respectivamente, esto es, con la señora Bertha Ríos entre el 29 de noviembre de 2012 hasta el 02 de octubre de 2015, y con la sociedad SERVIFLY S.A.S., entre el día 26 de noviembre de 2015 hasta el 28 de abril de 2017.

Conforme lo anterior, no hay controversia sobre la prestación personal del servicio que en su momento realizó el demandante en ejecución de sus labores como conductor, situación que, en principio, hizo posible la aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del CST, esto es, la presunción



de existencia del contrato de trabajo, entre el demandante y cada uno de los demandados.

Sin embargo, dicha presunción no es absoluta y puede ser derruida por el empleador, quien debe demostrar que los servicios fueron prestados con autonomía e independencia, es decir, en ausencia de la subordinación como uno de los elementos propios de los contratos de trabajo.

En el presente caso, como ya se indicó en precedencia, la parte actora intenta la declaración de dos relaciones de trabajo, no solo con la sociedad SERVIFLY S.A.S., sino también, con su representante legal, la señora Bertha Ríos; contrario a lo anterior, la parte demandada se opone a lo así solicitado con el argumento que, la relación que existió con el actor era de orden civil por medio de contratos de prestación de servicios de transporte, los cuales aportó con la contestación de la demandada (fls.67 a 72).

Lo anterior, resulta fundamental para descender en el estudio del recurso de apelación, comoquiera que, conforme la sustentación del mismo, no solo se solicita se valoren las declaraciones testimoniales y de las partes, sino también todo el acervo probatorio en conjunto, aunado que, para ello, descendió en la interpretación de los mencionados contratos, haciendo énfasis en cláusulas referidas al valor del contrato, cláusula penal, rodamiento, entre otras, que posteriormente serán objeto de análisis por parte de esta Sala de Decisión.

Ahora bien, llama la atención que los medios de prueba aportados junto con la demanda son escasos, que incluso se pueden determinar fácilmente, y que se circunscriben a los certificados de existencia y representación legal



de la sociedad SERVIFLY S.A.S. y Almacenes Éxito S.A., y la certificación que obra a folio 48 suscrita por la demanda, la señora Bertha Ríos, es decir, que aparte de éstos, y de los interrogatorios de parte solicitados a los demandados, el debate probatorio en procura de acreditar las peticiones no fue aumentado ni siquiera con testimonios.

Teniendo en cuenta lo anterior, al revisar la literalidad de los escritos de los denominado contratos de prestación de servicios de transporte (fls.67 a 72) se encuentra lo siguiente:

El primero de los contratos tiene como fecha de suscripción el día 29 de noviembre de 2012, el segundo el 1 de marzo de 2014, y el tercero, el 26 de noviembre de 2015, lo cual resulta confuso frente a los extremos temporales que se pretenden se declaren, toda vez que, por una parte, en todos aparece la señora Bertha Ríos en calidad de contratante y en representación de la sociedad SERVIFLY S.A.S., por ende, no es posible establecer con claridad en el marco de una relación de trabajo en la forma solicitada, la identidad del empleador finalmente, si se tiene en cuenta que lo que se busca, se recuerda, es que, el primero de los contratos de trabajo lo sea con la persona natural referida entre el 29 de noviembre de 2012 hasta el 2 de octubre del año 2015, y el segundo, con la sociedad SERVIFLY S.A.S. entre el 26 de noviembre de 2015 hasta el 28 de abril de 2017.

Así las cosas, si bien se presume la existencia del contrato de trabajo, en principio, ante la innegable prestación personal del servicio del demandante como conductor, lo cierto es que, de los interrogatorios de parte y testimonios no es posible extraer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Rojas Campos prestó sus servicios, y por consiguiente, la



**Proceso Ordinario Laboral 08 – 2017 – 0420 – 02 DTE: ORLANDO ROJAS CAMPOS DDO:
ALMACENES ÉXITO Y OTROS**

parte demandada logró derruir la presunción no solo con los contratos aportados, sino con lo manifestado con los testigos Mónica Villarreal y Andrea González, declaraciones que no dan cuenta de actos de subordinación por parte de la señora Bertha Ríos o de algún otro representante de la sociedad SERVIFLY S.A.S., respecto del demandante, y contrario a ello, lo que se observa es que, en el caso de la primera, como trabajadora del Almacén manifestó no conocer al promotor y únicamente constarle los términos contractuales al interior de la relación comercial con la sociedad SERVIFLY S.A.S., resaltando eso sí, que cualquier requerimiento no se discutía con el conductor, sino con la persona jurídica o empresa; y la segunda, como trabajadora de la sociedad demandada por obvias razones indicó conocer al actor, específicamente porque ella era quien ubicaba el personal de conductores y los enviaba a prestar los servicios de transporte en ejecución del contrato suscrito entre SERVIFLY S.A.S. y Almacenes Éxito S.A., y agregó en cuanto al cumplimiento de obligaciones por parte del demandante, que éste debía cumplir con las entregas de mercancía asignadas, y mantener el vehículo en óptimas condiciones de funcionamiento y los documentos al día, que ante una posible ausencia del conductor, éste debía dar aviso a la empresa para así enviar otra persona para que cumpliera con el servicio, y en cuanto al pago indicó que al actor se le pagaba por servicio prestados, los cuales se retribuían previa presentación de la cuenta de cobro por parte del contratista, las cuales se verificaban con el Éxito S.A, aunado que, no observa aceptación o confesión alguna por parte de las demandadas sobre la existencia de un vínculo laboral o que hayan dado muestras o permitido generar indicios sobre actos subordinantes respecto del trabajador.



Por otra parte, del análisis de los escritos de los contratos de prestación de servicios de transporte, se concluye lo siguiente:

Primero, que los tres son similares en su redacción y construcción, variando únicamente las fechas de suscripción y valor del contrato y rodamiento; segundo, teniendo en cuenta el alcance del recurso formulado, debe precisarse sobre la cláusula segunda denominada obligaciones del contratista, que el hecho que, dentro de éstas, aparezca la de cumplir horarios de entrega de alimentos, mercancías o dineros, responder por cualquier pérdida o daño que sufra el contenido de la encomienda, así como mantener vigente la certificación de manipulación de alimentos, asistir a reuniones por la contratante, entre otras, no necesariamente son indicativas de una relación de trabajo, puesto que, como más, es posible la ejecución del mentado contrato de prestación de servicios, siendo admisible permitir un mínimo control de la contratante y la delimitación de consecuencias ante posibles incumplimientos, que no se dan únicamente entre empleador y trabajador, sino también entre las partes de un vínculo de naturaleza civil como es del caso.

En igual sentido, no puede pasarse por alto, el derrotero de obligaciones establecidas por las partes para la contratante en la cláusula tercera, aparte en el que se anotó que ésta debía proporcionar al contratista, entre otros elementos, tulas, cajones térmicos, datafonos, medios de comunicación y ropa de trabajo, de lo que se precisa que, si bien pueden ser vistas como herramientas de trabajo, esta naturaleza de dichos elementos por si sola no permite presumir o ser un indicio de existencia de una relación de trabajo, pues lo cierto es, que son elementos que eran necesarios para la ejecución del objeto contractual plasmado al interior de los acuerdos que se analizan,



y que no es otro que, la prestación del servicio de transporte de mercancías o dinero; también es natural que, como una de las obligaciones contractuales se relacionará la de realizar el pago al contratista por los servicios prestados, y que por ello, no debe erigirse necesariamente como salario, pues no lo era.

Al respecto, en la cláusula quinta se estableció el valor del contrato, en donde en cada uno de los escritos, simplemente se indicó que, el valor correspondía a la suma total de los servicios prestados, que se cancelaría por medio de transferencia electrónica a la cuenta de ahorros del contratista, conforme los cortes que establezca el contratante previa presentación de cuenta de cobro por parte del contratista, sin que en el proceso obre constancia o prueba alguna que permita verificar el cumplimiento de algún supuesto de hecho antes señalado en la cláusula quinta, que permita concluir o llegar al convencimiento que lo allí pactado no se trataban de honorarios o una simple retribución contractual, sino de salario, en todo caso, brilla por su ausencia cualquier elemento que conduzca a acreditar tal situación en la forma solicitada por el recurrente.

Ahora bien, sobre las cláusulas sexta y octava, esto es, cláusula penal y oportunidad en la entrega de mercancías y dineros, respectivamente, la conclusión persiste en igual sentido, esto es, como acuerdos establecidos por voluntad de las partes, sin que por si solas puedan ser vistas como instrumentos disciplinarios propias de un vínculo laboral y que podrían traducirse en sanciones o facultades del empleador ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador, en todo caso, no puede perderse de vista el contexto jurídico del clausulado analizado, el cual se centra en una relación de carácter civil, y en tal orden de ideas, no puede aceptarse la



interpretación que da el apoderado del actor en el recurso al contrato objeto de estudio, quien partiendo del supuesto de una relación de trabajo intenta hacer ver el acuerdo escrito como la equivalencia de un contrato de trabajo simplemente porque allí se establecen obligaciones para las partes, que por demás, en su generalidad son orden resarcitorio, y que en gracia de discusión no conllevan a acreditar la existencia de una relación de trabajo, presunción que logró derrumbar la parte demandada precisamente ante la orfandad probatoria de la parte actora, y por consiguiente, no hay elementos de juicio o convencimiento que permitan deducir cosa distinta a que el actor ejecutó el contrato de prestación de servicios pactado con la demandada, dentro de la órbita de autonomía e independencia propias de ese negocio jurídico.

En tal orden de ideas, no resulta sospechoso el hecho que al interior del mentado contrato civil se hubiese pactado el pago por concepto de rodamiento, teniendo en cuenta que el vehículo con el que cumplía el objeto contractual el demandante era de su propiedad, no siendo posible como lo pretende el actor, subsumir ese concepto como elemento integrante del salario, sencillamente porque no existió un contrato de trabajo con las demandadas, escenario en el cual sería posible el análisis propuesto, al ser un elemento del mismo, conforme lo prevé el artículo 23 del CST.

Por último, se aclara al recurrente que, para que procedan las condenas por acreencias laborales, indemnizaciones o prestaciones sociales, previamente debe determinarse la existencia de un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo que en este caso no se acreditó, y por tanto, tampoco es posible pasar a determinar si Almacenes Éxito es o no responsable solidario, y



menos, si la aseguradora convocada está llamada a responder conforme el contrato de seguro suscrito con Éxito S.A.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO RAD 08-2019-335-01

DEMANDANTE: JHON EDICSSON BELTRAN LANCHEROS

DEMANDADO: CONFECCIONES SPORT ROJAS CALDERÓN SAS

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

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra el auto proferido por la Juez 8 Laboral del Circuito de Bogotá, el día dos (2) de junio de dos mil veintiuno (2021), por medio del cual negó la prueba de interrogatorio de parte a la **demandada** solicitada por la parte **demandada**. (fl 126 y 127).

HECHOS

El señor **JHON EDICSSON BELTRAN LANCHEROS**, a través de apoderado instauró demanda en contra de **CONFECCIONES SPORT ROJAS CALDERON SAS**, para que previa declaración de un contrato de trabajo, se le condene a pagar indemnización por despido, indemnización moratoria, aportes, costas. (fls 27 al 36).

Al contestar la demanda, la **demandada** solicitó como prueba: “interrogatorio de parte de la señora **DEYANID ROJAS PEÑA** en su calidad de representante legal de la sociedad **CONFECCIONES SPORT ROJAS CALDERON SAS**, en forma personal, en audiencia pública y bajo juramento según cuestionario que se entregará en sobre cerrado en la oportunidad legal pertinente” (fl 64)

La Juez de instancia, durante la audiencia contemplada en el art 77 del C P del T y de la S S, negó esta prueba señalando lo siguiente: *“... en favor de la parte demanda se decreta como pruebas documentales las relacionas y aportadas con el escrito de contestación de demanda visible en folios 68 a 115 el interrogatorio de parte, en el escrito de contestación el interrogatorio de parte se solicita para que sea rendido por la misma parte demanda se indica que se solicita que se rinda declaración de parte por la representante legal de la parte pasiva y en ese sentido el despacho niega la práctica de dicha prueba en el sentido que el interrogatorio de parte lo que busca es la confesión de la parte contraria y en ese orden avalar o admitir que se realice el interrogatorio de parte a la misma parte seria como avalar que fabrique su propia prueba razón por la cual se reitera se niega el interrogatorio de parte a la misma demandada en favor de la parte demandada. Se decretan como prueba testimonial las manifestaciones de los señores Faustino Saavedra Salazar, Andrés Felipe Salamanca, José Andrés Rojas Peña y Ariel Calderón Noriega y el despacho desde ya deja la salvedad que escuchados los testimonios de las partes el despacho decreta dese ya de manera oficiosa el interrogatorio de parte a la parte demanda y en este sentido quedan decretadas las pruebas en favor de las partes...”*

Inconforme con dicha determinación, la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación considerando que: *“...Si doctora me permito interponer recurso de reposición en subsidio de apelación en la medida que el artículo 198 del código general del proceso no limita la práctica del interrogatorio de parte como lo hacía el régimen anterior, es decir en el código de procedimiento civil, el inciso primero del artículo 198 permite la práctica de este interrogatorio...”*

CONSIDERACIONES

Sea lo primero precisar que acorde a lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez dirigirá el proceso en forma que garantice su rápido adelantamiento sin perjuicio del legítimo derecho de defensa de las partes. Por su parte el artículo 53 del mismo estatuto, lo faculta para rechazar la práctica de pruebas y diligencias **inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito.**

Bajo este esquema, el Juez Ordinario debe desarrollar sus facultades de orden legal con miras a adelantar el debate procesal en forma tal que transcurra sin complicaciones y garantizándose la celeridad propia del proceso, sin perjudicar eso si los derechos de las partes. En otros términos, la práctica de pruebas siempre debe estar guiada por un *examen de pertinencia*, que debe realizar el juez al momento de decretarlas, **para evitar el decreto y práctica de pruebas que en nada contribuyen al establecimiento de la verdad real de los supuestos fácticos**

controvertidos, afectándose principios como la recta y cumplida administración de justicia, la celeridad y economía procesal, entre otros.

En este caso, la juez de conocimiento niega la prueba de interrogatorio de parte al representante legal de la demandada, solicitado por la misma demandada en los términos antes señalados pues afirma: ello sería como fabricar su prueba. Desde ya la Sala anuncia que confirmará la decisión, por las siguientes razones.

En efecto, el fin último de la figura que bajo el imperio del CPC se conocía como interrogatorio a instancia de parte **es la confesión sobre hechos que desde luego la admitan** y en ese orden será la parte actora quien al interrogar obtenga la confesión que desde luego versa sobre hechos que no le favorecen, pues si solo se hacen afirmaciones en su beneficio, no hay confesión sino eso, meras afirmaciones que nada ayudan al establecimiento de la verdad, por tanto bajo este objetivo es cierto que resulta inconducente y superfluo admitir la prueba solicitada por la demandada, para que audiencia pública, en prueba diferente a la ya decretada; ella conteste preguntas hechas por ella misma, pues desde luego estas no conducirán a una confesión.

En verdad, que la demandada haga preguntas a ella misma y las conteste bajo juramento, en otra practica de la prueba, es inconducente e innecesario, pero que desde luego también se itera, puede hacer en el interrogatorio de parte que solicitó la parte actora y que fue decretado, porque así lo permite ahora la misma norma en que la recurrente se apoya esto es el art 198 del CGP.

Al respecto vale decir que si bien es cierto que la figura conocida como interrogatorio a instancia de parte que contemplaba el CPC; fue modificado por la norma en que se apoya la recurrente, esto es el artículo 198 del C G P el cual dispone **que de oficio o a solicitud de parte el juez podrá ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso;** -norma similar al artículo 59 del C P del T y la S S, que permite esta citación por parte del Juez en cualquier estado del proceso, aunque no a solicitud de la parte-; lo cierto es que en este caso esa prueba ya

fue decretada porque la solicitó la parte demandante y no es cierto que la solicitada por la pasiva sea otra permitida en este artículo, porque la modificación que justamente hizo el CGP, es permitir que en la practica de la prueba no solo pueda interrogar el Juez y la contraparte, como sucedía bajo el C PC, sino que abrió la posibilidad se itera, para que tanto el apoderado del demandante como el Juez y también el apoderado del demandado interroge a su propio cliente y eso podrá hacerlo, en este caso pues como se ha dicho varias veces el interrogatorio de parte de la demandada fue decretado a solicitud de la parte actora, por lo que la prueba de la demandada es inconducente o superflua como señala el artículo 53 del C P del T y de la S S, luego por esta razón se **CONFIRMA** la decisión de la Juez de primera instancia. Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Sin costas en la alzada.

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

Lis Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 14 2018 277 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE JULIAN ROZO GARTAVITO

DEMANDADA: COLPENSIONES

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

MAGISTRADA PONENTE DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 19 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Catorce laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la parte actora.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada, presentó alegatos de conclusión.

P R E T E N S I O N E S

El señor JORGE JULIAN ROZO GARAVITO, actuando por intermedio de apoderado judicial demandó a GL CONSULTORES Y ASOCIADOS LTDA, HOY GRUPO POSSO S.A.S., JOSE MANUEL LATORRE GARAVITO, JOSE GABRIEL VARGAS CARVAJAL y a COLPENSIONES, con el fin que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, se declare que entre el actor y la demandada GL CONSULTORES Y ASOCIADOS LTDA, HOY GRUPO POSSO S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 22 de enero de 1.996 y hasta el 15 de septiembre de 1.997. Que se declare que entre el actor y el demandado JOSE GABRIEL VARGAS CARVAJAL, existió un contrato de trabajo desde el 14 de enero de 2004 y hasta el 4 de agosto de 2016. Que se declare que los dos empleadores antes señalados no procedieron a cancelar sus aportes a pensión. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que es beneficiario del régimen de transición y cumple con los requisitos establecidos en el acuerdo 049 de 1.990, para acceder a la pensión de vejez. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a GL CONSULTORES Y ASOCIADOS LTDA y a JOSE GABRIEL VARGAS CARVAJAL al pago de los aportes debidos, y a la demandada COLPENSIONES al pago de la pensión de vejez, con retroactividad desde el 1 de diciembre de 2016, al pago de los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1.993 y a la indexación de las condenas. (fl.- 75 – 76)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló la actora en síntesis:

- Que nació el 24 de marzo de 1.953, por lo que cumplió 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2013.
- Que es beneficiario del régimen de transición.
- Que a la entrada en vigencia del acto legislativo contaba con 846 semanas de cotización
- Que de conformidad con la historia laboral desde el 02 de mayo de 1.997 hasta el 30 de noviembre de 2016, contaba con 1.137 semanas de cotización.
- Que solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de vejez, pero la misma le fue negada, argumentando para ello que no cumplió con los requisitos del acto legislativo No. 01 de 2005.

- Que laboró para la empresa GL CONSULTORES Y ASOCIADOS LTDA, HOY GRUPO POSSO S.A.S. desde el 22 de enero de 1.996 y hasta el 15 de septiembre de 1.997, pero la misma, no realizó los respectivos aportes.
- Que laboró para el señor JOSE GABRIEL VARGAS CARVAJAL, desde el 14 de enero de 2004 y hasta el 4 de agosto de 2006, sin que le hubiese efectuado sus aportes, de manera oportuna ya que los canceló el 23 de mayo de 2016.
- Que con los aportes antes mencionados cumple con los requisitos para acceder a la prestación reclamada, pero la demandada nuevamente negó el derecho. (fl.- 72-75)

C O N T E S T A C I Ó N D E L A D E M A N D A

Una vez notificados los demandados en debida forma, procedieron a dar contestación a la demanda, así:

GRUPO POSSO S.A.S., a través de apoderado quien se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, en relación con los hechos señaló que no son ciertos o que les constan. Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir y pago. (fls. 174-178).

COLPENSIONES, a través de apoderado quien se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1.1 a 1.3, 1.6 a 1.10, 1.13, 1.15, 1.174 a 1.19, 1.22, 1.23 y 1.25, para los demás señaló que no son ciertos o que no les constan. Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia al pago de intereses moratorio0s, prescripción y buena fe. (fls. 224-232).

El señor JOSE GABRIEL VARGAS CARVAJAL, a través de apoderado quien se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1.1, 1.2, 1.6 al 1.10, 1.15, 1.21 y 1.22, para los demás señaló que no son ciertos o que no les constan. Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación de realizar

aportes - ausencia de relación laboral, prescripción y allanamiento en a la mora por parte de la entidad administradora de pensiones. (fls. 239-252).

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el día 19 de marzo del año 2021, en la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante **JORGE JULIÁN ROZO GARAVITO** y la sociedad **LG CONSULTORES ASOCIADOS LIMITADA HOY GRUPO POSSO S.A.S.** se verificó un contrato de trabajo que tuvo vigencia entre el 22 de enero y 15 de septiembre de 1996, como consecuencia de ello, **CONDENAR** al demandado **GRUPO POSSO S.A.S.**, a trasladar a **COLPENSIONES** los aportes en pensiones adeudados correspondientes del 22 de enero al 28 de febrero de 1996 con base en el respectivo cálculo actuarial.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante **JORGE JULIÁN ROZO GARAVITO** y la persona natural **JOSÉ GABRIEL VARGAS CARVAJAL**, se verificó un contrato de trabajo, el cual tuvo vigencia entre 14 de enero de 2004 y 30 de septiembre de la misma anualidad, como consecuencia de ello **CONDENAR** a este demandado a trasladar el capital adeudado por concepto de aportes pensionales adeudados entre el 14 de enero de 2004 y el 30 de septiembre de la misma anualidad con base en el respectivo cálculo actuarial en la forma ordenada en esta providencia.

TERCERO: Una vez los empleadores cumplan con la obligación de transferir el correspondiente cálculo actuarial por los periodos omitidos y ya determinados en numerales precedentes, **COLPENSIONES** tendrá la obligación de convalidarlos en la historia laboral del demandante y proceder a reconocer la pensión de vejez, en los términos del acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de diciembre de 2016 liquidando al efecto IBL conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y en la tasa del reemplazo calculada conforme al artículo 20 del acuerdo o del citado Decreto 758 de 1990.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas por la **SOCIEDAD GRUPO POSSO S.A.S.** y por la persona natural **JOSÉ GABRIEL VARGAS CARVAJAL**, en tanto que no enervaron las pretensiones contra ellos allí aducidas en el escrito demandatorio.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de esta acción a los demandados **GRUPO POSSO S.A.S.** y **JOSÉ GABRIEL VARGAS CARVAJAL** a favor de la parte demandante, en oportunidad se tasaran.”

Posteriormente y ante la solicitud de la parte actora, procedió a adicionar la sentencia antes señalada, en el sentido de negar tanto los intereses moratorios reclamados como la indexación de las condenas, señalando que para COLPENSIONES, no ha nacido la obligación de reconocer el

derecho pensional, ya que es imposible aún contabilizar los tiempos omitidos por los ex empleadores, hasta tanto ellos no cumplan con la obligación de transferir el respectivo cálculo actuarial.

Fincó su decisión, señalando en síntesis que previo a que dicho juzgado plantee el problema jurídico, debe partir del siguiente supuesto fáctico que alcanzó plena demostración documental además que no fue refutado por ninguna de las demandas, esto es que el demandante nació el día 24 de marzo del año 53, según consta en copia de cédula de ciudadanía que obra a folio 43, por tanto arribo a la edad de 60 años, el mismo día y mes del año 2013, por lo que a la entrada en vigor la ley 100 del 93, contaba con más de 40 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición.

Dicha normativa estableció que la edad para la pensión de vejez, el tiempo de servicio, la densidad de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que al momento de entrar en vigor el sistema, tengan 35 años o más años de edad sin son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres o 15 o más años de servicios cotizados será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la dicha ley.

De qué manera que, en principio el actor es beneficiario del régimen de transición, en razón a su edad entonces qué edad quedó el demandante en es excepcional régimen lo que, por lo que podría acceder a su pensión, teniendo en cuenta el régimen establecido en el acuerdo 049 de 1.990, el cual fue limitado por el acto legislativo 01 de 2005, hasta el 31 de junio de 2010, salvo que tengan cotizados 750 semanas a la entrada en vigencia del acto legislativo, a quienes se les extenderá hasta diciembre de 2014.

Dicho lo anterior, el problema jurídico que debe de iniciar este juzgado se reduce a determinar si al demandante se le continuaron extendiendo los beneficios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1.993, que lo amparaba, pese a haber entrado en vigor el acto legislativo número 01 de 2005 y por tanto su derecho pensional debe definirse conforme al acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año.

Lo que involucra determinar si cumple los requisitos de edad y densidad de cotización antes de finiquitar el régimen de transición, en diciembre de 2014.

Señaló que al remitirse a la historia laboral de fecha diciembre de 2018, registra cotizaciones entre el 2 de mayo de 1.977, fecha de afiliación al extinto Instituto de Seguros Sociales y lo fecha de expedición del acto legislativo, se encuentra que el actor había cotizado 739.27 semanas, mismas que no fueron objeto de reproche por las partes.

Indicó que la discusión puntual que introduce el demandante frente a las cotizaciones es que sus empleadores LG consultores y Asociados limitada hoy Grupo Poso S.A.S. y la persona natural José Gabriel Vargas Carvajal omitieron realizar al sistema general de pensiones, las cotizaciones entre el 22 de enero del 96 y 15 de septiembre del año 97 y del 14 de enero al 30 de septiembre de 2004 respectivamente, por cuenta de las relaciones laborales que afirma sostuvo con ellas, y que pretende sean declaradas en este proceso.

En cuanto a la demostración de las relaciones laborales alegadas, esto es, con la empresa LG Consultores y Asociados limitada hoy Grupo Poso S.A.S. entre el 22 de enero de 1.996 y el 15 de septiembre de 1997, y con la persona natural José Gabriel Vargas Carvajal, entre el 14 de enero de 2004 y 4 de enero de 2006, encontró que la primera de ellas fue negada por la empresa demandada, ya que si bien acepta el extremo inicial, señala que la relación finiquitó el 15 de septiembre de 1.996 y no de 1.997, como alega la parte actora.

Al respecto señaló que de los medios probatorios allegados por la parte actora se evidenciaba que contrario a su dicho, la relación laboral terminó el 15 de septiembre de 1.996, lo que se corrobora con certificación suscrita por el gerente de Consultores y Asociados limitada donde aparece igual extremo final, por lo que declaró la existencia de la relación laboral con esta demandada desde el 22 de enero y hasta el 15 de septiembre de 1.996.

No obstante lo anterior, se advierte historia laboral que es visible a folio 3 del plenario, que esté empleador solo afilió al demandante al Seguro Social el día 1 de marzo del año 96, pagando el 18 de junio 9 2018 tal y como se puede extraer de planillas de pago y certificación obrante a folios 150 a 170 y procedió al pago de las cotizaciones adeudadas, esto es, las correspondientes a los meses de enero, febrero y abril a septiembre del año 96, últimas que ya fueron contabilizadas por la accionada COLPENSIONES tal y como se advierte de la historia laboral obrante a folio 215, es decir, ya parecen convalidadas en esa documental, un total correspondientes del 1 de marzo al 15 de septiembre del año 96, por lo que se omitieron los meses de enero y febrero de 1996, en tanto aduce la administradora de pensiones la imposibilidad de tenerla con cuenta por no estar precedidas de afiliación al sistema general de pensiones.

En lo que hace al contrato laboral por la persona natural indica el demandante que laboró qué manera ininterrumpida al servicio de la demandada entre 14 de enero de 2004 y 4 de agosto de 2006, hecho que fue negado por el demandado, señalando para tal efecto que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios tipo de vinculación que emerge de la documental aportada al plenario por el mismo demandante.

No obstante ello, no puede perderse de vista que se solicita la declaratoria de un contrato de trabajo entre el demandante y el señor Vargas Carvajal, por manera que era carga la parte demandada, desvirtuar que entre las partes existió un contrato de trabajo laboral, por lo que si la parte actora demuestra que hubo una prestación personal del servicio remunerada de la parte demandada, le corresponde a ésta última acreditar que la labor no era subordinada para así derruir la presunción del art. 24 del C.S.T. y de la S.S.

En el presente caso. Señaló la Juez que el demandando persona natural, no desplegó ningún esfuerzo probatorio en ánimo de desvirtuar la presunción de contrato que privilegia el demandante con la sola demostración de la prestación personal del servicios o actividad personal que desplegó en su favor, pues no hay elemento de convicción alguno que lleve a la certeza que la relación que sostuvieron fue ausente el elemento que por esencia define la contratación de índole laboral, esto es la

subordinación jurídica, por lo que declaró la existencia del contrato alegado, desde el 14 de enero de 2004 y hasta el 4 de agosto de 2006.

En suma, el contrato de trabajo entre el demandante y el señor José Gabriel Vargas estuvo vigente entre 14 de enero de 2004 y el 4 de agosto de 2006, periodo en el cual el empleador debió realizar los aportes a seguridad social en pensiones por todo el tiempo laboral.

Como quiera que se pretende por el demandante se contabilicen dichos periodos, resaltó que en los mismo no existió afiliación, por lo que procede condena a realizar calculo actuarial, ya que cuando el empleador omitió el deber de afiliar a su trabajador al sistema de pensiones, cómo ocurre en este caso, donde se acredita que no existió afiliación al inicio de los contratos de trabajo, la administradora de conformidad con el literal D del párrafo 1 del artículo 33 de la ley 100 de 1.993, la administradora esta en posibilidad de tener en cuenta el tiempo de servicios que estuvo vinculado el trabajador con aquellos empleadores que omitieron su afiliación, pero siempre y cuando el empleador efectúe el cálculo actuarial correspondiente.

Por lo anterior, encontró que la demandada de LG CONSULTORES ASOCIADOS hoy GRUPO POSSO S.A.S., debe efectuar el cálculo actuarial, por el periodo comprendido entre el entre 22 de enero y febrero de 1996, en un total de 3.28 semanas, y el demandado José Gabriel Vargas Carvajal entre 14 de enero y 30 de septiembre de 2004 en densidad de 36.57 semanas,

Con lo anterior, la Juez de primer grado encontró a que a la entrada en vigencia del acto legislativo, el actor contaba con 781.26 por lo que se le extendieron los efectos jurídicos del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993 en este orden de ideas y dado que acreditó 60 años el 24 de marzo de 2013 y supera más de 1000 semanas de cotización procederá COLPENSIONES una vez reciba lo correspondiente a los cálculos actuariales aquí ordenados, a reconocerle la Pensión por Vejez prevista en el acuerdo 049 de 1.990, a partir del 1 de diciembre de 2016, ya que la última cotización efectuada por el actor lo fue el 30 de noviembre del año 2016, calculando el IBL conforme al Art. 21 de la ley 100 de 1.993, y la

rasa de reemplazo de conformidad con el art. 20 del acuerdo antes mencionado.

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada Grupo Posso S.A.S. interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

“Con todo respeto Me permite interponer el recurso de apelación en contra de la decisión que usted ha tomado y que por medio de la cual se impone la obligación de pagar el cálculo actuarial entre el 22 de enero y el 28 de febrero de 1996 a cargo de la sociedad se apoderó en virtud a que esa decisión debe ser revocada en su totalidad y en su lugar absolver la sociedad que representó fundo mi inconformidad básicamente en qué al revisar la historia laboral del aquí demandante Señor Jorge Julián Rozo Garavito, encuentro que por el tiempo referido al indicado anteriormente y en la historia laboral aparece que en ese mismo tiempo en el reporte de colpensiones indica como observación su empleador presenta deuda por no pago Esa situación a mí juicio genera que real y efectivamente sí estaba afiliado y que la sociedad que representó pues cumplió con su obligación realizando los pagos a los aportes con los intereses de mora tal cómo aparece en el expediente situación que realizó el 18 de julio de 2018, razón por la cual a mi juicio y desde luego respetando el criterio de la señora juez no cabe el cálculo actuarial porque si existía afiliación contrario a lo que se invoca en el despacho. Esa es mi inconformidad y con fundamento en esa, en esos sencillos argumentos, le solicito al honorable tribunal que en el evento de ser concedió el recurso de apelación que estoy interponiendo y sustentando se revoque la decisión y en su lugar repito se absuelva de hacer el cálculo actuarial entre el 22 de enero y el 28 de febrero de 1996 y que corresponde a 3.8 semanas de cotización e igualmente se absuelva a la sociedad que representó de las agencias y costas en derecho que se hacen que se ha impuesto como consecuencia de la decisión que acaba de adoptar su despacho.”

La parte actora:

“Me permito presentar el recurso de apelación con respecto al tema de los intereses moratorios o en su defecto a la indexación que fue solicitada de manera subsidiaria, teniendo en cuenta que, el derecho que se estaba reclamando acá del señor Julián pues no puede ser una carga que se le traslade a él ya sea por una omisión o una por una omisión de sus empleadores y por una obligación que también tenía en este caso la administradora de pensiones que para mí interpretación era hacer las acciones de cobro frente a estas omisiones que presentan los empleadores y cuando se está demostrando una relación laboral en este caso también pues la Corte Suprema de Justicia ha indicado en sentencia con radicado 66868 de agosto del 2020 donde fijo su posición respecto al reconocimiento de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993,

donde señaló, donde ha señalado que estos proceden frente ya sea al no pago integró, completo o cabal de las pensiones, las mesadas, saldos o reajustes ordenado judicialmente los cuales tienen ese carácter resarcitorio respecto a esta a esta demora en la en la pensión de vejez de acá del señor Julián, en este sentido pues ellos indicaron la honorable corte Indicó que, que la obligación constitucional y legal de las entidades administradoras de pensiones no es solo el de pagar de manera oportuna las pensiones a sus afiliados sino también y fundamentalmente la de pagar las de manera integra, cabal, completa pues de lo contrario se harán merecedores de la imposición de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 ,en este sentido su señoría pues yo sí lo solicitó al honorable tribunal, se evalúe ella que se encuentran los presupuestos y que se cumple a cabalidad las semanas cómo fue manifestado en las consideraciones del fallo, el señor Julián cumple a cabalidad con la semanas para esa pensión de vejez que le asiste desde el año 2016, por lo tanto pues sobres asumamos sería viable reconocer los intereses moratorios o en su defecto la indexación solicitada en las pretensiones.”

La apoderada de la persona natural demandada:

“en primer lugar en ningún momento dentro del proceso se logró probar una relación laboral entre el señor JORGE JULIAN ROZO GARAVITO y el Ingeniero JOSE GABRIEL VARGAS CARVAJAL, no hubo una prueba sumaria siguiera en relación con una subordinación y una prestación personal del servicio, por lo tanto no se configuró como tal un contrato laboral, claramente como se lo9gró demostrar dentro del proceso entre el señor JORGE JULIAN ROZO GARAVITO y el Ingeniero JOSE GABRIEL VARGAS CARVAJAL, existió fue un contrato de prestación de servicios en donde en ningún momento existía la obligación de realizar unos aportes a pensión y seguridad social. En otro punto interpongo recurso de apelación en que la condena ordena pagar los aportes a pensión entre enero 14 al 30 de septiembre de 2004 y dentro de la contestación de la demanda, si bien es cierto no se está aceptando la relación laboral que el demandante esta alegando se esta solicitando una corrección de la historia laboral de parte del señor JORGE JULIAN ROZO GARAVITO, por parte de COLPENSIONES en donde se tengan en cuenta los aportes a pensiones realizados entre el 14 de enero del 2004 al 30 de septiembre del 2004, por lo anterior, no hay lugar en caso de que se llegue a probar por parte del Tribunal, superior de Bogotá la relación laboral entre las partes no habría lugar a realizar aportes toda vez que los mismos ya se encuentran realizados, por lo tanto solicito la corrección de la historia laboral. En ese orden de ideas, solicito al Tribunal superior de Bogotá se revoque la sentencia en contra del ingeniero JOSE GABRIEL VARGAS CARVAJAL.”

C O N S I D E R A C I O N E S

De acuerdo con lo establecido el artículo 66 A del C P del T la Sala se referirá **única y exclusivamente a las materias objeto de los recursos interpuestos**, esto es, a los argumentos o motivos de inconformidad que cada uno de los apelantes señaló en la oportunidad procesal pertinente.

Así las cosas, procede la Sala por aspectos prácticos al estudio del recurso interpuesto por la persona natural demandada, quien en primer lugar señala que la relación laboral alegada por la parte actora en su escrito de demanda no fue acreditada en el presente proceso.

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

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente proceso , se evidencia una confesión por parte de la demandada en su escrito de contestación, relacionada con la prestación del servicio por parte del demandante, ya que al dar contestación a los hechos 1.14 a 1.16, aceptó que el actor prestó servicios de manera personal, sin embargo objeta es la naturaleza del vínculo, al señalar que el mismo fue regido por un contrato de prestación de servicios

De conformidad con lo anterior, se encuentra que no existió discusión, entorno al primero de los elementos antes señalado esto es la actividad personal del trabajador y demostrado el primer elemento esencial del

contrato, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 del CST, **la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.**

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

Pues bien, precisado lo anterior es claro que en el presente caso quien debía desvirtuar la presunción del art 24 del C S T era la demandada, demostrando que lo que había era un contrato de prestación de servicios, lo que como bien señaló el Juez no sucedió, ya que no allegó al plenario prueba alguna al respecto, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

Ahora bien, en segundo lugar se encuentra que, tanto la apoderada de la demandada persona natural, como el apoderado del Grupo Posso S.A. reprochan la condena impuesta a realizar el cálculo actuarial de los periodos en los cuales no existió afiliación, señalando para el efecto que dichos periodos ya fueron cancelados, pero de manera extemporánea.

En relación con este aspecto, se encuentra que en el presente caso, el demandado GRUPO POSSO S.A.S. afilió al actor a partir del 1 de marzo de 1.996, no obstante inició la relación laboral el 22 de enero de ese mismo año, por su parte el demandando persona natural, sin afiliar al actor, canceló los aportes por el periodo laborado, en el mes de mayo de 2016, como se evidencia de las planillas aportadas al plenario.

De conformidad con lo anterior, esta Sala encuentra que, no se equivocó la juez de primer grado, cuando ordenó a las demandadas el pago del cálculo actuarial, ya que en este caso y ante la omisión de afiliación del actor.

Es así que la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 14388 – 2015, con ponencia del Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, indicó:

" 2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802, en la que se concluyó que «...las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión Radicación n.º 43182 19 de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.»

Por otra parte, en torno a las hipótesis de la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, la Corte venía sosteniendo que no era posible asemejar ese fenómeno al de la «mora» en el pago de los aportes, pues «...no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de algunas cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social.» (Ver sentencias CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 41023; CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 42243; y CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 43188).

En consonancia con lo anterior, en sentencias como las CSJ SL, 1 nov. 2011, rad. 39811; CSJ SL, 13 mar. 2013, rad. 39874; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587, la Corte sostenía que la consecuencia de la falta de afiliación al sistema de pensiones era que el empleador asumiera el pago de las prestaciones, en los mismos términos en los que las hubiera concedido el Instituto de Seguros Sociales. Predicaba la Corte que «...cuando el empleador no ha cumplido su obligación de afiliar al sistema, lo que apareja que no haya efectuado el pago de las cotizaciones en pensiones, y acontezca el riesgo que aquellas protegen, le corresponde asumir la pensión, pues no es posible que se pierda el derecho pensional por la incuria de quien estaba obligado a aportar a la seguridad social integral.

En efecto, si quien estando llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social, a través de las cotizaciones al sistema, ni siquiera afilia al empleado, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión y eso es precisamente lo que concluyó el juzgador de segundo grado al resolver la controversia, esto es, que ante la inexistencia de la afiliación en pensiones, le correspondía asumir el riesgo, dado que no lo había subrogado, y por ello no advierte esta Sala el dislate jurídico al que se hace referencia.» ..

De conformidad con lo anterior, no se está en presencia de mora en el pago de aportes, sino de omisión de la afiliación, como lo señaló la Juez de primer grado, por lo que en el presente caso, se debe confirmar dicha condena, sin que sea procedente el convalidar los dineros pagos bajo la figura de mora en el pago de los aportes, como lo pretenden los recurrentes, ya que, como se desprende de la sentencia antes transcrita, son dos figuras diferentes y cada una de ellas tiene su forma de liquidación, por lo que se habrá de confirmar la sentencia en este aspecto.

Finalmente y en cuanto al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en el que solicita se condene a la demandada COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1.993, o a la indexación, se encuentra que la demandada COLPENSIONES, a la fecha no ha incurrido en mora o tardanza alguna, ya que como bien lo señaló la Juez de primer grado, no ha nacido la obligación de reconocer el derecho pensional, ya que es imposible aún contabilizar los tiempos omitidos por los ex empleadores, hasta tanto ellos no cumplan con la obligación de transferir el respectivo cálculo actuarial.

Por todo lo anterior, se habrá de confirmar la sentencia objeto de alzada en su totalidad por encontrarse ajustada a derecho.

Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de alzada, conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 14 2018 747 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: NANCY RODRÍGUEZ PULIDO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Protección S.A., revisa la Corporación la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las demandadas Porvenir y Protección S.A. y las de la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora NANCY RODRÍGUEZ PULIDO, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Protección S.A., al no habersele proporcionado una información

completa y comprensible acerca de su traslado, informándole sobre los riesgos que debía asumir como de las desventajas de pertenecer a dicho régimen, solicita se declare que Porvenir y Protección S.A., omitieron el deber de información, por lo que debe estar afiliada al RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a las AFP demandadas a tener como ineficaz su afiliación, a Porvenir S.A., a trasladar los aportes por ella efectuados a Colpensiones y a esta última a aceptar dichos aportes y a tenerla como afiliada en el régimen que administra.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que se afilió al ISS desde el año 1985, régimen al que aportó 199,29 semanas, que a 1 de abril de 1994, se encontraba afiliada a dicho régimen y se afilió a Davivir hoy Protección el 13 de abril de 1994, que actualmente se encuentra afiliada a Porvenir S.A., y Protección S.A., no le informó previo a su traslado que en tal régimen su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el RPM, que no puso de presente un proyección pensional y le indicó que el ISS se iba a acabar, que se podía pensionar a cualquier edad, más no le indicaron cómo acceder a tal beneficio.

Indica que alcanzó los 47 años de edad estando afiliada a Porvenir S.A., administradora que no le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM, previo al cumplimiento de dicha edad, que cuenta con más de 1746 semanas de cotización y en el año 2018, solicitó ante Protección S.A., la invalidación de su traslado y radicó ante Colpensiones formulario de afiliación, administradoras que respondieron de manera negativa a su solicitud de traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, a 4, 12 y 15 a 18, negó los No. 6 a 8 y 10 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación,

prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

Por su parte, PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones invocadas, aceptó los hechos contenidos en No. 5, 15, 17 y 18, negó los No. 6 a 14 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de prescripción, buena fe y enriquecimiento sin causa.

PROTECCIÓN S.A., aceptó los hechos No. 4, 12, 15 y 18, negó los No. 6 a 11 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del perjuicio causado por Davivir hoy Protección, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional, inexistencia de capital acumulado en la CAI de la demandante y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante NANCY STELLA RODRIGUEZ PULIDO del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses, y rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. reintegrar a COLPENSIONES, y de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PORVENIR S.A. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO. COSTAS a cargo del fondo de PROTECCIÓN Y PROVENIR S.A. y a favor del demandante. Se fija como agencias en derecho suma equivalente a ½ salario mínimo para cada una de las demandadas.

SEPTIMO: CONSULTAR con la Sala Laboral del Tribunal superior de Distrito Judicial de Bogotá, en favor de Colpensiones.

Fundamentó su decisión señalando:

El marco normativo que aplicaremos es el siguiente; artículo 48 constitucional que establece la Seguridad Social como servicio público, artículo 83 constitucional que establece que las actuaciones no sólo de las autoridades públicas sino de los particulares deben ceñirse a postulados de buena fe artículo 1231 de la ley 100 del 93 que consagra que cuando se impida o atente de cualquier manera contra el derecho que tiene el trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema general de Seguridad Social este tipo de afiliaciones quedan sin ningún tipo de efecto y pueden realizarse nuevamente de manera libre y espontánea por el trabajador, ya en materia de Seguridad Social la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de trazar una muy sólida línea jurisprudencial sobre una serie de obligaciones y deberes que tienen los fondos de pensiones relacionados precisamente con ese deber de información al respecto nos podemos remitir desde la SL del 09/09/2008 con radicación 31989 la que ha sido reiterada por muchos años por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia entre muchas otras en la SL19447 del 2017 incluso y mucho más recientemente en la SL 4373 del 28 de octubre del año 2020 esta línea jurisprudencial tiene sustento en la medida en que el sistema general de pensiones propende por garantizar a la población contingencias de vejez invalidez y muerte a través de prestaciones económicas contempladas en el Estatuto de Seguridad Social y dado que conforme al literal B del artículo 13 de la ley 100 del 93, la elección de cualquiera de los regímenes debe ser absolutamente libre y voluntaria, lo que exige a voces de la jurisprudencia que no se puede brindar cualquier tipo de asesoría sino única y exclusivamente aquella que permita el ejercicio de lo que se ha determinado la libertad informada cuya infracción está castigada por el mismo legislador con la consecuencia de la ineficacia prevista en el artículo 31 de la ley 100 de 1993 este tipo de normas obedecen al reconocimiento que hace el mismo legislador de la simetría que existe entre las administradoras y sus potenciales afiliados así como la trascendencia de la decisión de pertenecer a un régimen pensional y a otro y eso implica que la decisión que se adopte debe ser absolutamente voluntaria, debe estar libre de todo apremio y no se puede limitar a una manifestación pura y simple se requiere previo a la adopción de la decisión a tener una ilustración completa diáfana y comprensible sobre las consecuencias positivas pero por supuesto también las adversas que este tipo de decisiones pueden acarrear en el futuro pensional del ciudadano, adicionalmente considera este despacho que si bien es cierto para el momento en que la actora realiza su traslado de régimen pensional, hecho éste que ocurre en 1994 de acuerdo con el formulario visto a folio 167 de la parte escritural del expediente aún no se había expedido el régimen de protección al consumidor financiero es decir la ley 1328 del 2009 con la ley 795 de 2013 que ajustó las normas del Estatuto orgánico del sistema financiero o el mismo decreto 2071 del 2015 sobre protección al consumidor financiero del sistema de Seguridad Social ello no puede ser indicativo de que para ese momento no existiera la obligación de brindar información, esto atendiendo el postulado de buena fe constitucional plenamente vigente para este momento así como el de confianza legítima y además la existencia de algunas normas que sí imponían a los fondos de pensiones la obligación de brindar información ,a estas normas se hace referencia entre muchas otras en la SL1689 del año 2019 y nos estamos refiriendo al literal B del artículo 13 de la misma ley 100 del 93 que es el que establece que los trabajadores tienen la opción de elegir libre y voluntariamente al régimen que mejor les convenga que consulte a sus intereses previniendo que si estas libertades obstruidas en contra de la sanción de la que ya hemos hablado de la declaratoria ineficacia, el mismo artículo 106 de la ley 100 del 93 que establece que toda publicidad y promoción de las actividades de las administradoras pues debe ser absolutamente veraz y fidedigna, el literal F del artículo 62 original del decreto 663 que es el Estatuto orgánico del sistema financiero incluye como conductas prohibidas y señala la de abstenerse de dar información que a juicio del superintendente bancario deba obtener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos; el numeral primero del artículo 97 de esta misma norma en su texto original que dice que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones que realicen de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones que existen en el mercado.

Descendiendo al caso concreto que tenemos como ya dijimos la demandante realizó su traslado del ISS a Davivir hoy protección S.A el 13/04/1994 hecho este que tuvimos probado de manera anticipada, tenemos que la actora dentro del RAIS también hizo una movilidad ella se traslada a horizonte hoy Porvenir en junio de 2001 conforme se acredita con el formulario de traslado 134.2425 visto a folio 136 de la parte escritural fondo este al que permanece afiliada a la actora tal como también se declaró probado de manera anticipada, igualmente tuvimos probado de manera anticipada que la actora ha intentado infructuosamente trasladarse y regresar al RPM, solicitud que le ha sido negada atendiendo la prohibición temporal de qué trata el literal E del artículo 13 de la ley 193, ya sobre el cumplimiento del deber de información y atendiendo que dentro de los hechos de la demanda se afirma que Davivir hoy protección S.A no suministró la información pertinente que ilustrara al accionante al momento del traslado tal como lo ha reiterado nuestro órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral se está en la presencia de una negación de carácter indefinido consagrada en el último inciso del artículo 167 del CGP aplicable por rendido al Estatuto procedimental laboral en su artículo 145 y por ende se encuentra trasladada por disposición del mismo legislador la carga de probar situación contraria en este caso la AFP es decir la AFP en este caso Protección S.A quien debió acreditar que si se le brindo al actor el adecuado y suficiente asesoría, al respecto podemos consultar entre otras la SL 1688 del año 2019.

Así las cosas no habiendo llegado la demandada a Protección S.A prueba alguna relacionada con el cumplimiento del deber de información podemos concluir que hubo una omisión injustificada de dicho fondo de pensiones sin que pueda tenerse por acreditado con la simple suscripción de un formulario pre impreso por el fondo como se ha señalado desde la SL del 09/09/2008 con radicación 31989 pues este tipo de documentos no basta para dar por entendido que el afiliado cuenta con los elementos de juicio suficientes para entender la trascendencia de la decisión consistente en el cambio de régimen pensional en aras también de ir dando respuesta a las alegaciones de conclusión que son propuestas por las demandadas, no se trata de desconocer el principio de libertad probatoria por supuesto que salvo que el legislador prevenga situación contraria los hechos se pueden probar a través de cualquiera de los medios pero es que aquí lo que hay es una omisión total aquí ningún esfuerzo se hizo por probar cual fue la calidad de la información que le suministró a la actora al momento de realizar el traslado de régimen pensional simplemente y es la única prueba con la que contamos es el documento que es el formato pre impreso de traslado de régimen pensional y como lo hemos dicho y como lo ha señalado la corte de manera muy reiterada este tipo de documentos per se no tiene la potestad de acreditarle al juez y llevarlo al convencimiento del cual fue en últimas y en detalle la información que se le suministro al afiliado asociado al momento de realizar el traslado de régimen pensional, así las cosas pues no nos queda un camino distinto que aplicar la consecuencia ya muchas veces señalada en el artículo 261 de la ley 100 del 93, consistente en declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que dando en libertad la actora de realizar la elección que a bien tenga, igualmente es importante precisar que la ineficacia de traslado de régimen pensional tampoco puede ser convalidada por la misma demandante por la totalidad del tiempo en que ha permanecido en el RAIS recordemos que el traslado lo hace desde 1994 hace bastantes años y tampoco la movilidad dentro del RAIS ha tenido pues ello como lo dicho también la corte no tiene la virtud de suplir el deber de entregar información este se insiste, es el pilar de la libertad de elección y su menoscabo afecta derechos de índole fundamental que no pueden ser reparados ni subsanados por el simple paso del tiempo.

En aras de seguir dando respuesta a las excepciones de mérito planteadas por las demandadas vamos a señalar que estas no tienen ánimo de prosperidad en la medida que lo que pretende la demandante aquí no es simplemente trasladarse de régimen pensional contraviniendo las reglas temporal de los 10 años que ya señalamos sino que lo pedido y debatido fue el incumplimiento del deber de información y las repercusiones jurídicas que ello tiene y contrario a lo alegado como excepción se tiene que en este caso Davivir hoy protección S.A actuó desconociendo postulados de Buena fe, igualmente se debe resaltar que ya la Sala Laboral de la Corte de Justicia ha determinado que en este tipo de decisiones en nada se afecta principios de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones puesto que los recursos que se deben reintegrar por los fondos privados a col pensiones son los utilizados para el reconocimiento de derechos pensionales con base en reglas del RPM y se descarta entonces la posibilidad que se estén generando en ocasiones no previstas, al respecto se puede consultar entre otras la SL 2877 del año 2020; sobre la prescripción vamos a decir que en este tipo de acciones como se encuentran inmersos derechos con características de irrenunciables e

imprescriptibles pues no puede operar este fenómeno como se ha dicho también y podemos citar la SL 1421 del año 2019.

Sobre las consecuencias de la declaratoria de ineficacia vamos a aplicar lo que la corte nos ha venido enseñando desde la SL 17595 del año 2017 y nos dice que es un deber de la administradora privada de volver al sistema todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales entre otras y que como además la nulidad se considera una conducta indebida del administradora ella debe asumir de su propio patrimonio o a su cargo como lo dicta la corte los deterioros sufridos por el bien administrado de manera complementaria podemos ir a la SL 2877 del 2020 que señala que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional deben asumirla absolutamente todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado en este caso sería la actora sin importar si tuvieron injerencia o no en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen o si participaron o no en ese cambio de régimen pensional y se incluyen entonces lo que tiene que ver con devolución de gastos de administración, comisiones o incluso aportes depositados en el Fondo de Garantía de pensión mínima como quiera que la demandante a través de esta demanda y de manera expresa está solicitando su interés en regresar al RPM hoy administrado por col pensiones este se ordenará y se dispondrá que esta administradora actualice y corrija la historia laboral conforme a los dineros que les han trasladado del Rais, atendiendo lo ya señalado deberán entonces Protección y Porvenir S.A devolver de su propio patrimonio durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a dichas administradoras los detrimentos sufridos por los recursos administrados incluyendo como lo dije gastos de administración ,comisiones, primas de seguros entre otras.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Protección S.A.**, recurrió señalando:

Su señoría me permito presentar recurso de apelación de manera parcial frente al fallo proferido en lo que versa la devolución de gastos de administración de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 del 93 tanto en el régimen de prima media como en el ahorro individual el 3% del IBC de los afiliados al sistema general de pensiones se destina a pagar la Comisión de Administración y el seguro previsional este último se le paga mes a mes a una aseguradora para que en caso que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia dicha entidad pague la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia.

Ahora bien en este caso que se declaran la ineficacia de la afiliación al RAIS y se condenó a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de Protección pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por Comisión de Administración toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la CAI de la demandante, descuentos realizados conforme a ley y como contraprestación a la buena gestión de administración como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera, tampoco se puede condenar a mi representado del valor del seguro previsional toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorro individual se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiese existido un siniestro de invalidez o de sobrevivencia está pagara una suma adicional que financiará las pensiones por dichos conceptos, asimismo el seguro previsional ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y mi representada ya está imposibilitada para recordárselo y devolvérselo a col pensiones toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito del afiliado y Protección, así las cosas se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y la Seguridad Social una vez que si se aplica en este sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno u otro hubieran dado o recibido se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la ARP y esta última la Comisión de Administración al

afiliado toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado tampoco nunca debieron haber existido rendimientos, finalmente es menester poner de presente que en el caso de que se ordena a Protección devolver a la compañía los aportes de la demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por Comisión de Administración se estarían constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, señaló en su recurso:

Se insiste sobre la existencia en nuestra legislación laboral de la libertad probatoria artículo 51 del CPTSS por cuanto no se ajusta a la realidad procesal lo manifestado con todo respeto por la primera instancia respecto a que el único documento que acreditaba o que acreditó el consentimiento o la información es el formulario de vinculación pues como quedo aquí demostrado la demandante en el interrogatorio de parte que también es una prueba, manifiesta que le suministraba una información, información que dicho sea no quedó acreditado en el interrogatorio que fuese no cierta, manifestó que le estaban informando que se iba a terminar el ISS cosa que en efecto sucedió, manifestó que recibía extractos de su cuenta bancaria también eso se trata de un documento de una prueba, manifestó que le dijeron que se podía pensionar a una menor edad cosa que puede suceder, de manera que aquí no estamos ante ningún engaño ni existe carencia probatoria respecto a la información necesaria que llevó a la demandante a vincularse no solamente con Protección sino también con Porvenir, dicho esto se insiste en lo manifestado ante el honorable Tribunal por la misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2020 del 15/09/2020 respecto al análisis que deben hacer las instancias de los actos de relacionamiento de los afiliados que sin duda son elementos de convicción para el juzgador sobre la elección libre voluntaria e informada de los afiliados.

Ahora con relación a el fundamento legal de la ineficacia que aquí se declara la primera instancia indica que se hace con fundamento en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 sin que sea necesario hacer una lectura del artículo pues claramente allí esta norma establece una sanción administrativa bajo ninguna circunstancia se indica o se prevén las consecuencias jurídicas que ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia haciendo una mixtura con el debido respeto que me merece la honorable sala de la Corte Suprema de Justicia, una mixtura de normas pues para declarar la ineficacia acoge lo previsto en el artículo 271 ya mencionado de la ley 100 y para sus efectos establece consecuencias del Código Civil que valga decir también de acuerdo con la Corte Constitucional la ineficacia de cualquier acto está establecido en la ley, tanto la ineficacia como las consecuencias y aquí claramente la ineficacia que se está declarando en estos actos jurídicos en ninguna parte está establecida con las consecuencias jurídicas que menciona la Corte Suprema de Justicia; ahora respecto a la sostenibilidad financiera que mencionan vale indicar que la Corte Constitucional la diferencia de lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia sí ha manifestado que permitir el traslado de personas que no han contribuido a la sostenibilidad del régimen de prima media pues claramente si lo afecta y esto me hace decir que resulta contradictorio que conceder el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones cuando pues aquí estamos frente a una sentencia que es meramente declarativa que justamente uno de los argumentos que se está diciendo es que no se afecta la sostenibilidad financiera del RPM y sin embargo se concede el grado jurisdiccional de consulta a favor de col pensiones, insisto con el debido respeto me parece que es un argumento contradictorio dicho esto se considera entonces que no existen supuestos y fácticos ni menos legales para declarar la ineficacia del traslado, se menciona aquí que el único documento que acredita la voluntad del afiliado es el formulario y que en jurisprudencia pacífica de la Corte se ha indicado que este no es un documento que acredite el verdadero conocimiento de la afiliada, yo sí quiero resaltar al honorable Tribunal que este no puede constituir un precedente judicial cuando claramente la corte se está apartando de su finalidad en las sentencias de casación cual es unificar el alcance de las normas sustanciales y aquí la corte con esas providencias lo que ha hecho es decir cuál debe ser el análisis probatorio de un documento y ese no es el objetivo de las sentencias de casación y para no extenderme más en mis argumentos quiero solicitarle al Tribunal que estudie y declare la prescripción en el evento en que igual se considere que se debe declarar la ineficacia del traslado a pesar de los argumentos que se están exponiendo ,se declare la prescripción de los gastos de administración y primas de aseguramiento por cuanto ninguna de las dos sumas financia la pensión de vejez, todos sabemos que los gastos de administración están concebidos en ambos regímenes,

luego si ella hubiese estado en el RPM también hubiera tenido que pagar los gastos de administración y con relación a las primas de aseguramiento pues tal como lo indicaba la apoderada de Protección esta es una suma que va destinada a unas compañías de seguro que dicho sea no fueron convocadas al proceso y que pues ordenar la devolución de unas primas de seguro es tanto como ordenarle a una compañía de seguros que reintegre un valor porque la contingencia no se presentó cuando pues claramente que con el transcurrir del tiempo pues la contingencia estuvo cubierta y si se hubiese presentado el riesgo pues si hubiese tenido que cubrir y luego eso carece de fundamento legal además que insisto no hay norma que consagre que se debe devolver esas sumas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora NANCY RODRÍGUEZ PULIDO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 13 de abril de 1994, a través de formulario de afiliación suscrito con la entonces Davivir hoy Protección S.A., documental que fue allegada por esta AFP y por la parte demandante, visible a folio 40 y 167 de expediente digital; de igual forma, solicita se declare ineficaz el traslado a Porvenir S.A., el que igualmente quedó demostrado y que efectuara en el año 2001.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le

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

Es así como para estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por entonces Davivir hoy Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo

que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones, como erradamente lo indica la recurrente Porvenir S.A.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Es así como contrario a lo indicado por la recurrente Porvenir en sus alegaciones en el presente no se vislumbra un consentimiento libre e informado en la decisión de traslado tomada por la actora, ya que tal cuestión no se puede predicar ante la demostrada falta de información en que incurrió la AFP que promovió el traslado de la demandante; aunado a ello las afirmaciones esbozadas por la demandante en diligencia de interrogatorio de parte, contrario a lo indicado por dicha AFP en su recurso, no permiten concluir el correcto suministro de la información en los términos antes señalados por parte de Protección, ya que la señora Nancy puso de presente que únicamente se le informó sobre algunas de las características y beneficios del RAIS, información parcializada que no se equipara al cumplimiento del deber de información bajo estudio.

De igual forma, contrario a lo señalado por Porvenir en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

De igual forma, contrario a lo afirmado por esa administradora pensional, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del régimen que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes

efectuados por la demandante, junto con gastos de administración, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

A este respecto, contrario a lo señalado por las AFP recurrentes también en sus alegaciones, el traslado al RPM de los gastos de administración y primas de seguro, resultan procedentes y no se ven afectados por el término prescriptivo como lo indica Porvenir S.A., aspecto que igualmente ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 4803 del 20 de octubre de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*En virtud de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia en el sentido de que la condena a Colfondos SA incluye, además, trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. **De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** (negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior, sobre este punto no hay lugar a modificar la decisión de primer grado, siendo pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Porvenir S.A., en sus alegaciones, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprocha la AFP en mención.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 15-2019-0545-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: LUZ DARIS TRUJILLO SUNCE
DEMANDADOS: LUZ DARI VARGAS BEJARANO

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

La señora Luz Daris Trujillo Sunce por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, que el tiempo laborado correspondió a 98 días, y como consecuencia de ello solicita el pago de la



indemnización por despido sin justa causa, el pago de la liquidación de prestaciones sociales que allegó junto con la demanda, y la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, el día 9 de febrero de 2017 pactó contrato de trabajo a término indefinido con la demandada para prestar los servicios de oficios varios, y que para su ejecución debía asistir tres veces a la semana al domicilio de la convocada para realizar labores de empleada doméstica; que por cada día se le pagaría la suma de \$45.000; que las funciones las desempeñó de manera personal conforme las instrucciones de la empleadora y en cumplimiento de un horario de trabajo sin que se llegara a presentar algún llamado de atención.

Que la relación laboral perduró por el término de 98 días hasta el 8 de septiembre de 2017, momento en el cual la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa; que citó a la accionada ante la Oficina del Trabajo, pero la misma no asistió.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se tuvo por no contestada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:



(...)

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER a la parte demandada LUZ DARY VARGAS BEJARANO, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción, por la señora LUZ DARIS TRUJILLO SUNCE, en estos términos declarar de oficio demostrada la excepción de inexistencia de la relación laboral, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un (1) SMLMV para el año 2021.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable para la actora se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

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

“Que son dos los problemas jurídicos a resolver, el primero, relacionado con la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, conforme el principio de la primacía de la realidad sobre las formas dada la manifestación de la parte actora frente a la cual la parte demandada en el interrogatorio niega cualquier vínculo laboral.

Para abordar el asunto se tiene en cuenta los art 22, 23 y 24 del CST, y la jurisprudencia de la Corte Suprema como en sentencia del 5 de agosto del 2009, para indicar que al actor le basta probar la prestación del servicio o actividad personal para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, que al actor también le compete demostrar los extremos temporales, el salario, horas extras, el hecho del despido entre otros.

Que en este caso la parte actora no logró probar la prestación personal del servicio, que frente a la manifestación en ese sentido, en el interrogatorio de parte la demandada dice que ella no le prestó ningún servicio y que quien la contrató es un tercero, otra persona, y conforme el art 167 le correspondía a la dte demostrar los supuestos fácticos que sustentan sus pretensiones, que nadie puede pre constituir su prueba, que con las afirmaciones de la dte de haber prestado un servicio no es suficiente para proferir una condena, que el expediente se halla huérfano de algun comprobante de nómina, consignaciones, testimonios, que den fe que la dte realmente le prestó algun



**Proceso Ordinario Laboral 15 – 2019 – 0545 – 01 DTE: LUZ DARIS TRUJILLO SUNCE DDO:
LUZ DARI VARGAS BEJARANO**

servicio, que ni siquiera demostró la prestación personal del servicio para que se presuman los demás, no se probó la subordinación, tampoco los extremos de la relación laboral, ni la remuneración; que para el juzgado tienen igual validez las afirmaciones de las partes en cuanto a la existencia de la relación laboral, pero nada se prueba; que el apoderado de la parte actora manifiesta que debe proferirse condena por que citaron a conciliación a la demandada y ni asistió, al respecto, en materia laboral no existe obligación o requisito de procedibilidad respecto a que una persona deba comparecer al Ministerio del Trabajo, es un método alternativo de solución de conflictos de la ley 640 pero no es de obligatorio cumplimiento, el no asistir no es un indicio y para acudir a la jurisdicción laboral no se requiere ningún requisito previo, se absolverá a la parte demandada.

El segundo problema jurídico relacionado con la condena al pago de unas acreencias laborales tendrían vocación de prosperidad siempre y cuando se acredite la existencia del contrato de trabajo el cual no quedó acreditado.

Sobre la liquidación que trae la parte actora que ella misma elabora, la misma parte no puede pre constituir su propia prueba y ello no es plena prueba que se deban esas sumas de dinero, entonces ni la inasistencia a conciliación y la liquidación presentada pueden servir de prueba para acreditar que la dte le prestó un servicio a la demandada, se absolverá a la parte actora, declarando de oficio la excepción de inexistencia de la relación laboral. Costas a cargo de la dte, teniendo como agencias la suma de un smlmv.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Sustenta el recurso al decir que el juez tiene razón en la falta de pruebas de la presunción de relación laboral pero que ello no deja totalmente resuelta la solicitud que hace la dte, ya que frente a las manifestaciones se indicó que sí prestaba el servicio en el lugar del domicilio de la pasiva y también manifiesta que conocía que existía un vínculo laboral lo cual hace que se quiera distraer la atención del señor juez ya que se profirió una sentencia que la absuelve, se requiere señor juez se conceda la alzada para que sea el Tribunal de Bogotá quien evacúe y de un nuevo pronunciamiento sobre lo dicho en la audiencia y los elementos materiales probatorios que se pudiesen allegar, que no se dieron de conocimiento a su juzgado, debido a esto solicito se conceda el recurso de apelación el cual se allegará en escrito en las vías siguientes como lo establece la norma.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta que el apelante, aunque manifiesta



que le asiste razón al a quo sobre la orfandad probatoria para demostrar los hechos de la demanda y acceder a las peticiones, de todas maneras solicita se revisen las pruebas nuevamente, haciendo énfasis en que, la demandante prestó los servicios en el domicilio de la demandada.

Al respecto cabe indicar que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha sido pacífica y reiterada en cuanto que, una vez acreditada la prestación del servicio se presume la existencia de la subordinación laboral, y, por ende, corresponde al empleador desvirtuar dicha presunción con la demostración que la labor fue realizada de manera autónoma e independiente.

En el presente caso, se pretende la declaración de existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la señora LUZ DARI VARGAS, con vigencia entre el 9 de febrero de 2017 hasta el 8 de septiembre de igual año, para lo cual, en síntesis, como componente fáctico manifestó que, para cumplir con su labor, debía asistir al domicilio de la demandada tres veces a la semana, y que como contraprestación recibía la suma diaria de \$45.000.

Con todo, tal como concluyó el a quo, en el presente caso, los medios probatorios aportados únicamente consisten en la constancia de no comparecencia N°2039 suscrita ante la Inspección del Trabajo (fl.5), y una autoliquidación de prestaciones sociales que elaboró la misma demandante (6), siendo evidente la falta de medios de convicción que conlleven a acreditar los hechos de la demanda, y que permitan la procedencia de las pretensiones.



Nótese entonces, que ante la falta de acreditación de la prestación personal del servicio de la demandante, la accionada no estaba en la obligación de desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo conforme el artículo 24 del CST, puesto que, sencillamente la misma no pudo erigirse, y por esa vía, respecto de las pretensiones consecuenciales, como son las atinentes a la indemnización por despido sin justa causa y de la que trata el artículo 65 del CST, tampoco procedía descender en su análisis, puesto que, de tal prestación personal le correspondía a la parte actora la carga de la prueba, lo cual no ocurrió.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 17-2018-0192-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: YAIR CARDONA TORO

DEMANDADOS: CANAL CAPITAL

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 8 de marzo de 2021.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor Yair Cardona Toro por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de una relación laboral desde el 7 de diciembre de 2010; la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que venía ocupando o a otro de similar categoría y salario, que cumpla en cualquier caso con las recomendaciones y restricciones medico laborales de la ARL para desempeñar la funciones; al pago de los aportes pensionales y de salud en proporción al del empleador conforme los diferentes salarios; al pago de salarios desde el de septiembre de 2015 y hasta la fecha de reintegro, así como de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indexación y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó, que se declare el contrato de trabajo entre el 7 de diciembre de 2010 hasta el 1 de septiembre de 2015, y como consecuencia, se condene a la demandada al pago de las cesantías y demás prestaciones sociales y vacaciones, por la duración del contrato de trabajo, aportes pensionales y de salud, indemnización artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización moratoria del art 65 del CST e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, el día 7 de diciembre de 2010 inició a laborar a favor de la demandada de manera continua e ininterrumpida, bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios,



devengando como honorarios la suma de \$1.650.000 mensual, en el cargo de luminotécnico; que las funciones del cargo, en síntesis, eran las de asistir en el montaje de iluminación, realizar mantenimientos preventivos y correctivos de los equipos de iluminación, así como su supervisión y custodia; realizar el montaje de luces exteriores; traslado de equipos requeridos; monitorear las cargas del generador eléctrico, respetar las directrices, circulares y demás documentos que expida la gerencia, la secretaría general o la dirección operativa respecto de los procedimientos administrativos y operativos en desarrollo de la misión de la demandada.

Que las labores las realizó de manera personal, subordinada y en acatamiento de un horario y cumpliendo órdenes; que nunca tuvo llamados de atención; que la demandada es una entidad pública, organizada como empresa industrial y comercial del Estado, con carácter de descentralizada indirecta, perteneciente al orden distrital; que el Acuerdo 05 de 2010, en el artículo 34 estableció el régimen laboral de las personas que prestan los servicios para esa sociedad, quienes tienen el carácter de trabajadores oficiales sometidos al régimen legal propio de esos servidores.

Que el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 regula la contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado; que el 8 de agosto de 2014 sufrió accidente de trabajo, mientras desarrollaba las labores como luminotécnico, teniendo como consecuencia el diagnóstico de esguince y torcedura que comprometieron los ligamentos laterales externos e internos de la rodilla izquierda; que el 9 de agosto de 2015 sufrió nuevamente accidente de trabajo mientras se encontraba en la unidad móvil del canal, caer de una tarima y como consecuencia tuvo el mismo diagnóstico.



Como consecuencia de lo anterior, tuvo 23 días de incapacidad y la ARL Liberty le concedió otros 23 días, al haber sido reportado como un accidente laboral, que fue sometido a intervenciones quirúrgicas el 5 de septiembre de 2015, y el 13 de noviembre de igual año Liberty envía recomendaciones medicas laborales a la demandada; que conforme el contrato de prestación de servicios 324 este culminaría el 1 de septiembre de 2015; que cuando le pregunto a la supervisora Carolin Olarte, coordinadora del área técnica del canal, sobre la prórroga del contrato, le contestó que por la incapacidad no se puede renovar el contrato, y que ante esto, formuló queja contra la funcionaria ante la coordinación jurídica, que ante la falta de respuesta el 17 de noviembre de 2015 elevó petición ante la accionada indagando sobre los motivos para no renovar el contrato, frente a la cual recibió respuesta en el sentido que entre las partes no había una relación laboral y que el contrato no se renovó por expiración del plazo pactado.

Que, para su desvinculación no se solicitó autorización ante el Ministerio del Trabajo, momento para el cual, en tratamiento de rodilla, sin concepto de rehabilitación, con reducción de habilidades y capacidades para desarrollar las labores cotidianas; que para el año 2014 devengaba como salario la suma de \$1.600.000; que el 31 de agosto elevó reclamación de las pretensiones de la demanda ante la convocada, y que el 26 de septiembre de 2017 recibió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 1 de agosto de 2018. La demandada dio contestación a la misma oponiéndose a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 3, 4, 15, 16 18 y



24 y no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: no configuración de la protección estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; inexistencia de discriminación al demandante; buena fe; legalidad en la actuación de canal capital; inexistencia del contrato laboral aducido por el demandante; cobro de lo no debido y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor YAIR CARDONA TORO, identificado con C.C. 80.112.991, como trabajador, y CANAL CAPITAL como empleadora, existió una relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad, regida por un contrato de trabajo, cuyos extremos fueron el 7 de diciembre de 2010 y el 1 de septiembre de 2015, según las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del contrato laboral, pago y cobro de lo no debido, y **DECLARAR PROBADA** parcialmente la prescripción respecto de las acreencias causadas antes del 31 de agosto de 2013, y vacaciones antes del 31 de agosto de 2014.

TERCERO: CONDENAR a CANAL CAPITAL a pagar al demandante los siguientes valores y conceptos que a continuación se indican:

- a. Auxilio de cesantía \$7.393.750
- b. Intereses de cesantía \$112.263
- c. Primas de servicios \$1.655.972
- d. Vacaciones \$1.594.097
- e. Indexación de los intereses de cesantías y vacaciones, aclaró en este punto la providencia, indexación únicamente por vacaciones.



CUARTO: CONDENAR a CANAL CAPITAL a pagar al demandante la suma diaria de \$55.000 a partir del 1 de diciembre de 2015 y hasta cuando le sean cubiertos los valores correspondientes al auxilio de cesantía y primas de servicios según las consideraciones señaladas.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las pretensiones principales incoadas por el demandante.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la demandada en proporción del 80%, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$3.000.000

Las partes quedan notificadas en ESTRADOS

(...)

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

“El problema jurídico se contrae en determinar previa demostración de la prestación personal del servicio, a favor de la demandada, para determinar la naturaleza del vínculo que pudo haber unido a las partes y determinar si en aplicación del principio de la primacía de la realidad se esta frente a un contrato de trabajo y la procedencia de las condenas que se reclaman.

Que el cargo del dte era el de luminotécnico, prestó el servicio entre el 7 de diciembre de 2010 y el 1 de sept de 2015, la demandada se opone a las pretensiones al considerar que la contratación se rige por la ley 80 de 1993, por un contrato de prestación de servicios, que conforme con el art 1 de la ley 6 de 1995, modificado por la ley 64 de 1946, entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro bajo la continuada subordinación, y el art 1, 3 del decreto 2127 de 1945.

Que existe discusión en la prestación de los servicios personales prestados por el actor, y se parte de esta afirmación de estar frente a los elementos del contrato, por el representante legal no asistió a la audiencia de conciliación, y se dispuso como indicio grave en su contra su inasistencia, que sin olvidar ese indicio y conforme los documentos a folios 31 a 33 y 131 a 136, que corresponden a certificaciones emitidas por la demandada se concluye que la prestación personal del servicio se encuentra debidamente demostrada.

Sobre la subordinación consideró que al ser una presunción le corresponde desvirtuarla al empleador, que hay un verdadero contrato de trabajo pues nada distinto se extrae de los documentos a folios 31 a 33 y 131 a 136 y de las copias de los contratos folios 23 a 30 que dan cuenta de los servicios prestados por el dte y de las condiciones de tiempo y plazo estipulados; que la presencia del dte, las actividades encomendadas, su ejecución y cumplimiento de horarios de trabajo se corroboran con



Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0192 – 01 DTE: YAIR CARDONA TORO DDO: CANAL CAPITAL

los testimonios de Julián David Luna Huertas y John Alexander Carrillo Huertas habiendo sido compañeros del dte.

Resalta que las labores encomendadas al dte entre otras las de luminotécnico eran actividades que resultaban importantes para que la demandada pudiese atender la actividad comercial pues hace alusión a su objeto misional; que conforme lo estipulado en el 4 del acuerdo 004 de 2016, es la operación, explotación del servicio de tv regional establecidos en las leyes 182 de 1995, 335 de 1996, 680 de 2001 y 1507 de 2012, y lo dispuesto en el acuerdo 019 de 1995 expedido por el concejo de Bogotá.

Que a las partes las unió una verdadera relación laboral y que los contratos de prestación de servicios solo tenían el propósito de dar forma escrita a las estipulación de objeto, plazo y remuneración, pero que en realidad por la naturaleza de la labor encomendada al dte no atendía lo preceptuado en la ley 80 de 1993 sobre la índole de esos contratos y la formalidad de estos no puede anteponerse a la realidad que da cuenta de las características y condiciones del trabajo que desarrollaba el dte y que obedecían a labores estrictamente operativas y que se hacían necesarias para la ejecución del objeto de la demandada.

Concluye que entre las partes existió una verdadera relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de diciembre de 2010 y el 1 de sept de 2015 pues conforme se corrobora las certificaciones expedidas por la demandada, a pesar de la suscripción de los contratos de prestación en entre estos no hubo solución de continuidad.

Quedó demostrado que las tareas asignadas al dte fueron las de luminotécnico y que devengó como último salario la suma de \$1.650.000.

Sobre la declaración de despido ineficaz conforme el art 26 de la Ley 361 de 1997 y reintegro, incumbía demostrar al dte que se encontraba en condición de discapacidad dentro del rango de moderada, que contaba con una calificación de pérdida de capacidad laboral que lo ubiquen dentro de los rangos de protección de esa ley, mínimo de 15% de pcl. Que a folio 160 obra calificación de la junta nacional de calificación de invalidez en la que determina una pcl del 12.80% con fecha de estructuración del 13 de mayo de 2016, absolverá de las pretensiones principales de reintegro y demás condenas relacionadas. Que la decisión de no renovar el contrato no tuvo relación directa con el estado de salud, sino que obedeció a una decisión objetiva de no prorrogar el contrato de trabajo.

Sobre las pretensiones subsidiarias, acreencias laborales. Pretensiones que se declaran a favor del dte en la medida que el empleador no demostró su pago, ya que el argumento siempre fue que la relación estaba desprovista de una relación laboral.

Prestaciones que liquida previo pronunciamiento de la excepción de prescripción, que conforme el art 23 del decreto 1045 de 1978 algunas acreencias se encuentran prescritas, teniendo en cuenta que en el caso de las vacaciones deben contabilizarse cuatro años antes desde que la relación se hizo exigible, que las vacaciones causadas antes del 31 de agosto de 2013 se encuentran prescritas ya que la relación culminó el 1 de septiembre de 2015 y la reclamación se elevó reclamación el 31 de agosto de 2017 conforme obra a folio 58; que la demanda fue presentada el 13 de abril de 2018 folio 1, las demás acreencias prescriben tres años desde que el derecho se hizo exigible.

Que los salarios que se tendrán en cuenta para liquidar serán conforme las certificaciones 31 a 33, y 131 a 136. Para 2010 y 2011 \$1.200.000, 2012 \$2.000.000, 2013 \$1.400.000, 2014 \$1.600.000, 2015 \$1.650.000, teniendo en cuenta las que se hayan causado hasta el 31 de agosto de 2014 por prescripción, salvo el auxilio de cesantías.

Sobre los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, conforme lo confesado por el dte y la declaración de los testigos, concluye que dada la naturaleza



Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0192 – 01 DTE: YAIR CARDONA TORO DDO: CANAL CAPITAL

del contrato de prestación de servicios que al actor le correspondió como obligación afiliarse y asumir el pago de las cotizaciones a las entidades de seguridad social integral, y para la remuneración de los mismos debía aportar la cuenta correspondiente que acreditara el pago. Lo que procedería sería la devolución del dinero por parte de la demanda por estos conceptos, sin embargo, en el proceso no obra constancias de pagos de aportes, y absolverá.

Sobre la indemnización moratoria del art 65 del CST, que ante la existencia de un verdadero contrato, sus trabajadores ostentan la calidad de trabajadores oficiales por lo que no resulta aplicable esa norma; que la demandada no actuó de buena fe que la exima de la carga que aquí se analiza, máximo que las labores encomendadas al dte no podían ser contratadas por medio de un contrato de prestación de servicios, pues hacia relación con la actividad que desempeñaba la demandada por lo que no debió acudir a un contrato de prestación de servicios para contratar al personal que las ejecutara, que no se prueba factores que justifiquen la buena fe, mantuvo esa forma de vinculación y trajo al proceso argumentos que defendían esa vinculación sin que los mismos fueran acogidos, pues no fueron demostrados. El art 1 del decreto 797 de 1949, condenará a pagar la suma diaria de \$55.000 a partir del 1 de diciembre de 2015 ya que la entidad cuenta con un plazo de 90 días luego de culminada la relación laboral para proceder al pago de las acreencias laborales, valor que deberá mantenerse hasta que le sean pagados los valores por auxilio de cesantía y primas de servicios, que hasta la fecha asciende a \$105.000.825

Sobre la indexación teniendo en cuenta que se impuso sanción moratoria respecto de las primas de servicios y cesantías, estos valores no son sujetos de la indexación pues equivaldría a una doble sanción que se imponga a la demandada, por lo que la indexación solo se ordenará respecto de la compensación en dinero de vacaciones, conforme a la fórmula de indexación, la que no es una sanción sino una actualización monetaria.

Declarará no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, pago y cobro de lo no debido, prospera parcialmente la de prescripción en relación con las acreencias causadas con anterioridad al 1 de agosto de 2013, y vacaciones con anterioridad al 31 de agosto de 2014, proporción de agencias en 80% ya que no todas las pretensiones fueron acogidas, en valor de \$3.000.000.

APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

“Sustenta el recurso al decir que es de manera parcial específicamente en la declaratoria de un contrato de trabajo entre las partes y las consecuentes condenas por prestaciones sociales, vacaciones, indexación, indemnización moratoria del art 65 del art 65.

Que no se puede considerar como indicio grave la inasistencia de la representante legal a la audiencia inicial teniendo en cuenta el art 17 del CPACA máxime si el dte desistió del interrogatorio.

Que la relación entre las partes era civil y comercial fundamentada en ordenes y prestaciones de servicios suscritos de manera voluntaria con el dte y conforme las propuestas de él.



Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0192 – 01 DTE: YAIR CARDONA TORO DDO: CANAL CAPITAL

Que el contratista prestó sus servicios de manera independiente, autónoma y sin subordinación por parte de CANAL CAPITAL, por lo que no se configura la existencia del contrato de trabajo, los cuales no pueden ser probados con testimonios.

Que la subordinación a la que refiere el dte correspondió a una supervisión normal y legal de los contratos de -prestación de servicios cuyo fin es hacer seguimiento del contrato para realizar los pagos que efectivamente se presten por los contratistas y no generar detrimentos patrimoniales al Estado, más el deber de las entidades de realizar el control sobre las calidades y condiciones del servicio, pues los contratos tienen relación directa con el servicio público de acuerdo con lo referido en la sentencia C-326 de 1997.

No se prueba la mala fe de la demandada, ya que de acuerdo con la certificación aportada del 7 de septiembre de 2018 se prueba que no existen cargos de planta que puedan suplir los servicios prestados por el contratista y que además el cargo del contratista no se encuentra dentro del manual de funciones de la entidad por lo tanto no se prueba la mala fe por parte del canal, ya que la vinculación y terminación de los contratos de prestación de servicios con el dte corresponden a la legalidad de los mismos, por lo cual no es procedente la condena de la indemnización.

Por lo cual no es procedente condenar al demandado al pago de indemnizaciones moratorias, que se enmarcó en la buena fe que se prueba con la solicitud que realiza el dte, la supervisión del demandado para que el dte aportara a la finalización de su contrato documentos para realizar una nueva contratación por si era su deseo lo cual no fue acogido.

Que las contestaciones y manifestaciones de la contestación de la demanda no son prueba de la mala fe que anota el despacho sino el ejercicio del derecho de defensa que este ejerció.

Frente a la configuración de los elementos del contrato de trabajo el juzgado no valoró los documentos aportados por la demandada según el memorando 1590 de 2015 y que suscribe la coordinadora del área técnica en su calidad de supervisora técnica del contrato en la que se indica la solicitud de terminación anticipada del contrato 968 y se informa que en reunión con el contratista se sugiere ceder el contrato, para que se suscribiera uno que se acogiera a sus riesgos laborales, no obstante se probó que el dte no accedió a esta solicitud ni le interesó aportar documentos adicionales para una nueva vinculación, con lo anterior, se desvirtúa aún más la existencia de un contrato de trabajo en el que solo se pudiera prestar el servicio por el trabajador y de modo alguno estaría abierta la posibilidad que una persona diferente al que presta el servicio pudiera efectuar cesiones, encargos, subcontratación de la labor a realizar, las anteriores manifestaciones son prueba de la buena fe del canal, de la no configuración de los elementos para decretar la existencia de un contrato laboral y sus consecuentes condenas, solicitando revocar parcialmente la sentencia y decretar probadas las excepciones que no se tuvieron en cuenta, y la condena en costas.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que



en síntesis, obedecen a: la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo y la imposición de las consecuenciales condenas, e indemnización moratoria.

En primer lugar, se tiene que, conforme el certificado de existencia y representación legal de la demandada (fls.16 a 21), se tiene que corresponde a una entidad pública organizada como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por ende, en el presente asunto es aplicable lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, norma que dispone que, las personas que prestan sus servicios a los Ministerios, Departamentos Administrativos, y Establecimientos Públicos son empleados públicos, pero que, sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

No obstante, precisa la norma en cita que, las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como es el caso de Canal Capital, son trabajadores oficiales.

Precisado lo anterior, se observa que el a quo descendió en el análisis del presente caso conforme las premisas normativas del Decreto 2127 de 1945 aplicable a los trabajadores oficiales, lo cual resulta acertado dada las suplicas de la demanda en donde se pretende la declaración de un contrato de trabajo entre el actor y la demandada.

Así las cosas, el artículo 1° del Decreto 2127 de 1945, define el contrato de trabajo como, la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obra o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o



material, en beneficio del segundo y bajo la continuada dependencia, y éste último a pagar a aquél cierta remuneración.

Por su parte, el artículo 2° de la misma normatividad, indica que, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos a saber: a) la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) la dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y c) el salario como retribución del servicio.

Sin embargo, en casos como que ahora ocupa la atención de la Sala, en donde no hay duda que, el actor prestó sus servicios en el cargo de luminotécnico de manera personal a favor de la demandada, y por lo tanto, conforme el artículo 20 *ibidem*, la existencia del contrato de trabajo debe presumirse, para que, en tal orden de ideas, la carga probatoria se traslade a la convocada a fin que controvierta dicha presunción, esto es, que logre acreditar que los servicios prestados por el señor Cardona Toro estuvieron en la órbita de la autonomía e independencia.

Luego, tras haberse surtido el trámite procesal y culminado el debate probatorio, la demandada no allegó justificación que permita alejarla de su condición de empleadora del actor, pues, no se conoce que al interior del proceso, se haya probado que el trabajador fungió simplemente como contratista conforme lo prevé el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, además, porque si se atiende el factor funcional para desentrañar la calidad de trabajador oficial del promotor, lo cierto es que, los supuestos facticos de la última norma en mención no corresponden a los del aquí



demandante, comoquiera que, en el marco de esa ley de contratación estatal, se define los contratos de prestación de servicios, como aquellos que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, y que si se contrasta el objeto social de la demanda con las funciones específicas del cargo de luminotécnico, la conclusión no es otra que, las funciones del señor Cardona son permanentes y no ocasionales, y sobre todo inherentes al giro ordinario de las actividades del canal.

En alcance de lo anterior, dentro de las obligaciones específicas del demandante en el cargo de luminotécnico, y que se registran en el contrato de prestación de servicios N°968 de 2015 (fl.23), las mismas se traducen, entre otras, en las siguientes funciones: garantizar la ejecución de los montajes de iluminación, ópticas, encuadre y composición de video, textura, montaje de luces en estudio, manejo de consola de luces, balance de cámaras, corrección de colorimetría según programa producido por canal capital, texturas, entre otros, actividades que no riñen y que guardan la misma naturaleza y fines, que se leen del objeto social de la entidad, entre otras, las más importantes, las siguientes: prestar, operar y comercializar el servicio público de televisión, prestación y explotación del servicio de televisión regional.

Luego, ante la -imposibilidad de la demandada en acreditar que el demandante desempeñaba sus funciones de manera autónoma e independiente, y que ello no le conllevaba a una disponibilidad total, esto es, no haberse derruido la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo entre las partes es inminente, y por consiguiente, se confirmará la sentencia en tal sentido.



Ahora bien, teniendo en cuenta que el recurso procuraba principalmente la revocatoria de la declaración del contrato de trabajo con el demandante, y que una vez ello, las pretensiones relacionadas con la caga prestacional y de indemnizaciones también corriera la misma suerte, es por lo que, también deberá despacharse desfavorablemente el recurso en ese aspecto.

Por último, frente a la indemnización moratoria por el no pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, en casos de similares contornos como el que se analiza, el precedente de la Sala de Casación Laboral ha sido pacífico y reiterado en indicar, de manera general, que el trabajador al ser la parte débil de la relación y que por ello no objeta la modalidad contractual u ofrece su consentimiento para la suscripción de contratos de prestación de servicios ante la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, se descarta un comportamiento guiado por la buena fe, la cual no depende de la prueba formal o documental o de la simple afirmación del empleador de creer estar actuando conforme a derecho, consideraciones que pueden ser consultadas, entre otras sentencias, en el pronunciamiento del 8 de septiembre de 2021, SL4176-2021, radicación 82087, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

En consecuencia, al no lograr la demandada controvertir la decisión de primera instancia, la misma se confirmará.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

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

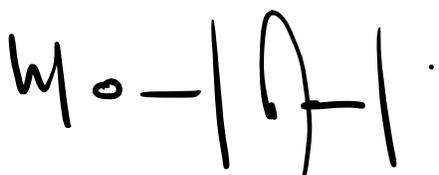
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 17-2019-0162-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA CONSTANZA POVEDA GONZALEZ

DEMANDADOS: SERRALDE HERMANOS Y CIA LTDA

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

Previo a proferir la sentencia correspondiente, se resolverá la solicitud de la demandada encaminada a la suspensión del proceso, al referir que la misma se eleva a fin de evitar una posible de *prejudicialidad*, con ocasión de la queja disciplinaria elevada en contra de la profesional del derecho que actúa como demandante en este proceso, agregando que, de igual manera se encuentra en curso denuncia penal en contra de la abogada, en la fiscalía 96 Seccional de Bogotá perteneciente a la unidad de fe pública y patrimonio económico, bajo el radicado N°110016000050202113436, por la conducta punible de FRAUDE PROCESAL, sin que se entregue al interior de las solicitudes anteriores, mayor información sobre los referidos trámites.

Al respecto, sobre el presente tópico, sobre la solicitud de suspensión del proceso, ante una eventual situación de prejudicialidad, debe remitirse en



primera medida, al contenido del artículo 161 del CGP, para así concluir desde ya, la improcedencia de la petición elevada por la parte demandada, conforme lo ha previsto la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL7888 – 2015, para indicar que, **en materia laboral el juez no está supeditado a lo que se resuelva en otros procesos, a menos de que sea necesario**, como ocurre en este caso en el que se informa la existencia de acciones disciplinarias y penales en contra de la demandante.

Conforme lo anterior, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, mediante Auto **AL826-2020**, con radicación N°63277 del 19 de febrero de 2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, en un caso de similares contornos, indicó lo siguiente:

Al respecto, esta Sala entiende que lo que se pretende con la anterior petición, es la suspensión del proceso a que se refiere el artículo 161 del C.G.P., que reza:

El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, declarará la suspensión del proceso de proceso en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

En relación con la mencionada disposición legal, y numeral transcrito, el cual se refiere a la prejudicialidad, basta señalar que la jurisprudencia de esta Sala ha adoctrinado que en materia laboral, el juez no está supeditado a lo que se resuelva en otros procesos, al menos de que sea necesario, y en este caso a lo que decida o haya decidido el juez penal, pues así lo reiteró esta Sala en sentencia CSJ SL7888 - 2015, donde al resolver un asunto cuya



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2019 – 0162 – 01 DTE: ANA CONSTANZA POVEDA GONZALEZ
DDO: SERRALDE HERMANOS Y CIA LTDA**

*discrepaba radicaba en la determinación del tribunal de no acoger la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad penal, así reflexionó: [...] en lo que tiene que ver con la alegada falta de apreciación de las «varias solicitudes (...) de prejudicialidad penal», que propendían por la suspensión del proceso, con fundamento en la denuncia penal instaurada por Josefina de la Ossa contra la demandante Etelvina Esther Leiva Pallares por los delitos contra la eficaz impartición de justicia, dentro de la cual, la Fiscalía Seccional 37 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Barranquilla, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, considera la Sala pertinente señalar que de conformidad con el art. 170 del CPC, al que se acude por remisión expresa del art. 145 del CPT y SS, la suspensión del proceso por prejudicialidad, se dictará **«a juicio del juez que conoce de éste»** (resaltado por la Sala).*

Es así como como se advierte que, previamente a exponer las consideraciones de la decisión de segunda instancia, en la sentencia confutada, el Tribunal dio respuesta a la petición del apoderado de Josefina de la Ossa Villanueva, en los siguientes términos:

Sea lo primero advertir, que lo que motivó la denuncia penal, es un documento obrante en el proceso que contradice a otro; sin embargo, no se entiende por que (sic) solo al conocerse la sentencia de primera instancia es que se procede a realizar la mencionada denuncia.

La etapa probatoria debe responder a unos principios, en los que se encuentran el de eventualidad o preclusión, publicidad o contradicción, lealtad o moralidad. Estos se desarrollan a través de unas reglas técnicas, que son las normas que rigen los comportamientos de los sujetos procesales, dentro del proceso.

Revisado que fue el informativo, se observa que las pruebas incorporadas por las partes se dieron dentro de los términos y oportunidades señaladas por la ley; las cuales gozaron del principio de publicidad y pudieron ser controvertidas. No se observó, ni antes, ni durante la etapa probatoria, por parte del tercero Ad Excludendum, se haya objetado o tachado en su debida oportunidad procesal.

Der suerte que, al margen de la investigación penal que subsiste, considera esta colegiatura improcedente la declaratoria de las suspensión del proceso, no solo por lo expuesto en precedencia, sino igualmente, que esta Sala fue



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2019 – 0162 – 01 DTE: ANA CONSTANZA POVEDA GONZALEZ
DDO: SERRALDE HERMANOS Y CIA LTDA**

creada para descongestionar al Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral.

De lo anterior, se tiene que el Tribunal no solo tuvo en cuenta la petición que en tal sentido fue puesta a su consideración, sino también que, en virtud de la facultad que le otorga la normativa a que se hizo alusión, le dio respuesta negativa a la misma, luego de una análisis del devenir procesal de donde determinó que las pruebas obrantes en el plenario fueron legal y oportunamente allegadas y gozaron del principio de publicidad.

*Así las cosas, el Juez de segunda instancia no solo no omitió efectuar un pronunciamiento al respecto, si no que su decisión fue debidamente sustentada y, **en todo caso, la negativa expuesta se encuentra acorde por lo que en tal materia ha señalado esta Sala, entre otras en la sentencia CSJ SL 6 mar. 2012, rad. 42167, donde adoctrinó:***

En lo que tiene que ver con la negativa del a quo a decretar la prejudicialidad penal, además de que no se acreditó en el proceso laboral lo resuelto dentro de la denuncia penal que se instauró contra el actor, es menester reiterar que en materia laboral se tiene adoctrinado que el Juez de trabajo no debe esperar el resultado del juicio penal, ni supeditar su decisión a que esa actuación exista o no.

Determinación que aun cuando fue adoptada en un asunto donde la discusión de fondo que se ventilaba en esa ocasión –terminación del contrato de trabajo por un hecho delictuoso cometido por el trabajador contra el empleador- difiere de la del sub examine, resulta aplicable, en tanto el fin que se persigue con la petición de prejudicialidad, es la misma, esto es, la suspensión del proceso hasta tanto se resuelva el juicio penal. (Negrillas fuera de texto original).

(...)

Así las cosas, corolario de lo anterior, se dispone a **NEGAR** la solicitud de suspensión del presente proceso, por las razones antes expuestas.



SENTENCIA

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a proferir, la presente decisión.

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 17 de marzo de 2021.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La demandante quien es profesional del derecho, actuando en nombre propio, interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado para la representación judicial de la demandada respecta de la propiedad que detenta sobre el Edificio González Arellano LTDA, y los inmuebles que hacen parte de esa propiedad horizontal; que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de la suma de \$79.500.000 correspondiente al valor del saldo por los honorarios relacionados en la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios suscrito el 15 de mayo de 2014, junto con los intereses de mora, a partir del



19 de noviembre de 2017, y a hasta que se verifique el pago, y el valor de la cláusula penal relacionada en el mismo contrato de prestación de servicios profesionales.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, el día 15 de mayo de 2014 suscribió contrato de prestación de servicios para representar a la sociedad demandada al interior del proceso de pertenencia que cursó en el Juzgado 7 Civil del Circuito de Bogotá y que fue trasladado luego al Juzgado 47 homólogo; que, de igual manera debía continuar con el trámite de querellas existentes para ese momento; que para la gestión se pactaron honorarios en la suma equivalente al 3% sobre el valor comercial de los inmuebles que eran objeto de pertenencia, y que los mismo se pagarían 60 días después de pronunciada la sentencia de primera o segunda instancia, la cual fue dictada por el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda y acogió la demanda de reconvenición declarando que pertenece el dominio pleno y absoluto de los inmuebles objeto de litigio a la sociedad aquí demandada; que el recurso de apelación contra la misma se declaró improcedente, quedando en firme la sentencia el 15 de septiembre de 2017, razón por la cual debían ser cancelados los honorarios el 15 de noviembre de 2017. Que la sociedad se ha negado a pagar los honorarios.

Que la gestión no consistió en la representación judicial de la empresa al interior del mentado proceso civil de pertenencia, sino también en el trámite de querellas, asistencia a audiencias en la Inspección de Policía de Chapinero que duraban todo el día; elaboración de acciones de tutelas que además adelantó proceso reivindicatorio a favor de la sociedad; que en el año



2015 recibió de un anticipo en la suma de \$10.500.000 en cuotas mensuales bajo la condición de asistir a las instalaciones de la empresa diariamente con horario de oficina.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos no aceptó los enlistados en los numerales 9 a 11 y 13. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: cobro de lo no debido; pago total de la obligación; enriquecimiento sin causa; abuso del derecho; y cumplimiento de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de cobro de lo no debido, y pago total de la obligación, propuestas por la demandada, según las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad demandada SERRALDE HERMANOS Y CIA LTDA a pagar a la demandante ANA CONSTANZA POVEDA GONZÁLEZ identificada con la C.C. 52.435.180, la suma de \$67.454.040 por concepto de honorarios insolutos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada en virtud de las facultades extra petita, a pagar a la demandante los intereses legales sobre el anterior valor, a



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2019 – 0162 – 01 DTE: ANA CONSTANZA POVEDA GONZALEZ
DDO: SERRALDE HERMANOS Y CIA LTDA**

la tasa del 6% anual, 0.5% mensual, desde la fecha en que debieron ser cubiertos los honorarios y hasta el momento en que se efectúe el pago.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de los intereses moratorios pretendidos y de la cláusula penal reclamada, según las razones expuestas en precedencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada. En firme la presente sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de la demandada por valor de \$4.000.000.

Las partes quedan notificadas en ESTRADOS

(...)

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

“Consideró el juzgado, que previa determinación si a la dte se adeudaban honorarios o la remuneración que reclama derivados de la gestión que cumplió como profesional del derecho y que aduce cumplió para la demandada, cuya existencia del contrato de prestación de servicios no desconoció la demandada, intereses de mora y clausula penal.

Que, si bien la demandada no discute el contrato de prestación de servicios, alude finalmente a que la profesional no cumplió con la gestión encargada; el contrato de mandato se encuentra regulado en el Código Civil art 2142. La parte actora aportó las siguientes pruebas: folios 11 a 13 copia de contrato de prestación de servicios profesionales suscrito el 15 de mayo de 2014 cuyo objeto se estableció en la cláusula primera, indicando que el objeto de ese contrato era el de continuar y llevar hasta la culminación el proceso de pertenencia que se encuentra radicado en el juzgado 7 civil del circuito en donde la sociedad demandada es demandada; a folio 43 obra memorial suscrito por la apoderada al juzgado 47 civil del circuito solicitando expedición de copias; folios 45 a 46 copia de audiencia del art 373 del CGP en el juzgado 47 civil del circuito, el 2 de diciembre de 2016 donde se negaron las pretensiones de la demanda de pertenencia concede las pretensiones de la sociedad aquí demandada, declara que pertenece el dominio, pleno y absoluto de los inmuebles correspondientes a la demandada. Folios 48, 51 a 54 diligencias de inspección judicial dentro de la querrela interpuesta por la demandada por medio de la dte del 27 de enero de 2015 y 22 de sept del mismo año. Alegatos de conclusión presentados por la apoderada folio 55 a 60, solicitud de nueva fecha de audiencia, folio 61; folios 62 a 67 diligencia de inspección judicial; folios 76 y 77 solicitud de prejudicialidad; a folio 78 a 80 descorre traslado; presentación de poder ante la sala civil del tribunal para presentar acción de tutela en el que obra la dte como apoderada; folios 84 solicitud de impulso procesal; 85 a 88 requerimiento de la



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2019 – 0162 – 01 DTE: ANA CONSTANZA POVEDA GONZALEZ
DDO: SERRALDE HERMANOS Y CIA LTDA**

apoderada para la entrega inmediata de los inmuebles objeto de pertenencia; folio 89 formulación de requerimiento suscrito por la dte o impulso procesal; folio 91 solicitud de vigilancia administrativa de la dte; folios 98 a 99 copia del auto del 20 de sept de 2017 que aprobó liquidación de costas proferido por el juzgado 47 civil del circuito a favor de la aquí demandada; folios 101 auto del 26 de septiembre de 2017 orden de despacho comisorio para la diligencia de entrega de bien inmueble.

Que revisados los anteriores documentos encontró la descripción de algunas de las gestiones judiciales que desplegó la dte en nombre de la sociedad demandada y que involucró no solo gestiones administrativas sino gestiones ante el juzgado 47 civil del circuito, en defensa de los intereses de la demandada dentro del proceso para el cual fue contratada para que continuara representando a la demandada en ese proceso, que la participación de la dte lo fue no solo en las etapas procesales sino en el cumplimiento y asistencia a diligencias entre estas inspecciones judiciales por querellas interpuestas con relación a la posesión de los inmuebles que hacen parte del edificio respecto del cual se solicitaba la pertenencia y cuya propiedad fue declarada a favor de la demandada.

Que se encuentra probado que la dte desplegó su gestión y estuvo pendiente desde el inicio del proceso, asistió a la audiencia del art 373 del CGP, instrucción y juzgamiento, luego formuló solicitudes de impulso procesal, solicitud de copias, solicitud de prejudicialidad, entre otras peticiones convocó o solicitó vigilancia administrativa, instauró acciones de tutela en nombre de la sociedad que representaba de la que se advierte entre otras situaciones que la decisión de ese juzgado en cuanto al proceso de pertenencia no fue apelada y que quedó en firme la orden de restitución del inmueble dentro del proceso 2004-0509 en el que eran demandantes los señores Eriberto Ángulo y Carlos Neme proceso que se adelantó en contra de la sociedad aquí demandada.

Quedó establecido que la dte representó como profesional del derecho a la demandada cumpliendo a cabalidad con lo convenido con la demandada en el contrato de servicios profesionales cuyo objeto se repite fue el continuar y adelantar hasta la culminación el proceso de pertenencia que cursó en el juzgado 7 civil del circuito en el que la demandada era demandada con relación a un inmueble ubicado en la carrera 13 64-55 edificio González Arellano LTDA, que conforme con la sentencia del juzgado 47 civil del cto el 2 de dic de 2016 se observa que se declaró la pertenencia y el dominio pleno y absoluto a favor de la demandada, fallo que quedó en firme y ejecutoriado, ya que obra en el expediente que los demandantes en ese proceso no interpusieron recursos.

Concluye que quedó satisfecha la carga probatoria que incumbía a la actora para demostrar la gestión que como profesional del derecho desplegó a favor de los intereses de la demandada y el cumplimiento del objeto del contrato de prestación de servicios pactado con la demandada quedando demostrado que el contrato no fue modificado pues la dte tampoco tenía tarea diferente de la de representar judicialmente dentro de ese proceso a la demandada y tales conclusiones no pierden sustento fáctico ni probatorio, aun si se detiene a analizar los medios de prueba que la dte arrimó la demandada y de estos cobra relevancia los documentos a folios 131 a 133 y que corresponde a un contrato celebrado entre las partes y denominado de mutuo sin intereses celebrado el 10 de febrero de 2015, que revisado el documento con el que se opuso la demandada para oponerse a las pretensiones de la demanda, de lo allí estipulado, si bien las partes convinieron en pactar algunas de las condiciones de los servicios que prestaba la abogada, incluso la sede de la asesoría, los horarios, la presencia de la abogada, la forma de remunerar y los procesos a su cargo en el mismo documento se precisó que la dte seguiría a cargo del proceso de pertenencia, las querellas, denuncias y otros procesos allí descritos como se



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2019 – 0162 – 01 DTE: ANA CONSTANZA POVEDA GONZALEZ
DDO: SERRALDE HERMANOS Y CIA LTDA**

desprende de la cláusula 5 que precisó: “los procesos para los cuales ya ha sido contratada seguirán desarrollándose de conformidad con lo acordado a partir de mayo de 2014 y que para mayor precisión se mencionan a continuación: 1. Proceso de pertenencia juzgado 7 civil del circuito 2004 0509” más adelante se mencionan otros procesos que quedaron excluidos de la modificación o del cambio de condiciones entre los contratantes.

Que conforme lo anterior, resulta claro que respecto del proceso no se modificaron las condiciones, ya que salió victorioso para la demandada, no se estableció cambio de condiciones y estas se mantuvieron, que tampoco pierde sustento probatorio la decisión del juzgado conforme los memoriales a folios 148 y 149 suscrito por el representante en ese momento de la demandada, memoriales dirigidos a los juzgados 1 y 47 civil del circuito, este último el que genera la controversia en el que se decide revocar el poder a la apoderada argumentando la ausencia de esta en la audiencia de sustentación y fallo ante el Tribunal Superior de Bogotá el 8 de marzo de 2018 memorial presentado el 18 de marzo de 2018 siguiente, pues se insiste en primera instancia la decisión fue favorable a la sociedad sin que se hubiese interpuesto recurso de apelación.

Que tampoco se desprende incumplimiento del contrato por la dte según folios 152 a 154, subsanación de demanda presentado ante el juzgado 47 civil municipal en relación a un proceso ejecutivo singular 2014 0900 y un proceso en el que se declaró desistimiento tácito, que si bien pudo haber allí incumplimientos no deja sin efecto la gestión que había desplegado con éxito y que redundó en el reconocimiento de los intereses de la sociedad en el proceso ya referido proceso de pertenencia.

Que pese a que la demandada quiso fundamentar su defensa en demeritar el trabajo cumplido por la apoderada no logró tal propósito en la medida que si bien le endilga descuido en algunos de los procesos a su cargo y sobre todo señala que no asistió a la audiencia de segunda instancia esos argumentos no pueden ser acogidos porque la sentencia favorable a los intereses de cherman y cia proferida por el juzgado 47 civil del cto no fue objeto de recurso y la decisión quedó en firme.

La demandada revocó poderes e indilga incumplimiento de obligaciones entre otras abandonar los procesos a su cargo, sin embargo, de los documentos que obran en el proceso se advierte que en relación a esos incumplimientos que denuncia a otros procesos totalmente ajenos a los que fueron objeto del contrato.

Demostrada la labor encomendada a la dte, no se puede desconocerla al desdibujar la labor y poniendo de presente otras actuaciones correspondientes a otros procesos que no están incluidos dentro del contrato de prestación de servicios.

Sobre la cuantificación de los honorarios, en la cláusula 2 del contrato folio 12 se pactó el valor del contrato como el 3% del valor comercial del inmueble, el que se pagará dentro de los 60 días siguientes a la fecha en la que se dicte la sentencia respectiva; que el avalúo comercial fue aportado por la dte el cual se decretó como prueba y no fue objeto de contradicción por la demandada conforme el art 228 del CGP, folios 20 a 42, que el inmueble tiene un valor comercial de 2598 millones 468 pesos, por lo que el valor al que tiene derecho la dte por honorarios es de \$77.954.040, que restado lo confesado y que recibió por anticipo de \$10.500.000 conforme el folio 134, para un total de \$67.454.040.

Sobre los intereses moratorios solo se impondrán legales del 6% anual. Sobre la cláusula penal fundamentó la decisión en la sentencia de la Corte SL 2385 de 2018 compete a la jurisdicción laboral referirse sobre la misma. La misma no se impondrá condena ante la falta de supuestos facticos para establecer el incumplimiento, y como llegó al resultado pretendido. Costas y agencias en derecho en la suma de \$4.000.000.



APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

“Interpone recurso de apelación. Manifiesta que es cierto que el día 15 de mayo de 2014 se suscribió un contrato de prestación de servicios con la demandante, cuyo objeto era la prestación de servicios como profesional del derecho para que atendiera unos procesos que tenía la sociedad, uno de esos era el proceso de pertenencia y unas querellas y otros procesos que cursaban en esa época. Que en vista de la cantidad de procesos se suscribió un segundo contrato del 10 de febrero de 2015 el cual modifica parte del contrato, para que llevara tanto el proceso de pertenencia e iniciar otros como el del Juzgado 7 Civil Municipal de Descongestión el cual fue archivado y por desistimiento tácito.

Es cierto que la profesional del derecho asistió a todas las diligencias y frente al proceso de pertenencia obtuvo un fallo favorable, pero no implica y descuidó otros procesos como el caso mencionado, en el que la sociedad confió en la profesional dándole poder cuyo objeto era de llevar a cabo todos los procesos, no solo el de pertenencia sino los demás procesos y querellas que tenía la demandada.

Que para el momento de la suscripción del segundo contrato 10 de febrero de 2015 se le dio un anticipo en suma de \$10.500.000 como parte de los honorarios, por lo que llama a recordar el artículo 2142 del Código Civil define el contrato de mandato; que no solo le dieron poder para que tramitara el proceso de pertenencia sino todos los procesos de esa sociedad; que si bien actuó diligentemente en un proceso y no llevó a cabo los otros procesos.

Que si bien se suscribió un segundo contrato no quiere decir que el día de mañana este se ejecute, solicita que en segunda instancia se revise la sentencia exonerando de los pagos a la demandada por la falta de cuidado de llevar a cabo un proceso y el otro proceso y el otro proceso dejarlo terminar por desistimiento tácito.

Que la sociedad demandada siempre estuvo en comunicación con la dte con el fin que le diera gestiones, el cual quedó en el proceso los correos electrónicos donde le indicaban, de qué había pasado con los demás procesos, que hasta la fecha no se tuvo ninguna noticia ni razón por parte de la abogada, por lo que solicita se conceda el recurso para que sea revisada la sentencia por lo dicho en la audiencia.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que obedecen en síntesis a: para que se revoca la condena, y en su lugar se absuelva a la sociedad convocada al insistir en el incumplimiento de la



profesional del derecho de sus obligaciones contractuales, adquiridas en el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes.

En primer lugar, no puede perderse de vista que, el contrato de prestación de servicios que fue objeto de debate corresponde al suscrito con fecha el día 15 de mayo de 2014 (fls.11 a 13), entre la profesional del derecho demandante y el representante legal, para ese momento, de la sociedad demandada, por ende, no puede ahora el recurrente acudir a otro contrato para intentar restar efectos al antes referido.

Lo anterior, comoquiera que, dentro de la sustentación del recurso se hace énfasis en que, para la fecha de la suscripción del contrato de fecha 10 de febrero de 2015, a favor de la actora se realizó un anticipo en la suma de \$10.500.000 como parte de *honorarios*, manifestaciones de las que debe la Sala recordar, que más que un anticipo, dentro del debate probatorio quedó claro que dicha cantidad correspondía a un pago parcial de los honorarios pactados en el contrato del 15 de mayo de 2014, y en tal orden de ideas, contrario a lo manifestado por el recurrente, el mentado pago no puede subsumirse como retribución al valor del acuerdo del 2015, puesto que, quedó probado que no lo es, y aun en gracia de discusión, la demandante en momento alguno trató de disimular dicha situación, que por demás, en el caso hipotético del apelante la beneficiaria, sin embargo, desde la misma formulación de la demanda, y pasando por el interrogatorio de parte, la abogada ha referido que tales dineros los recibió como parte del pago por concepto de honorarios del contrato inicial.

Ahora bien, tampoco es posible inferir, como lo intenta el apoderado de la apelación, que la omisión en el cumplimiento por parte de la mandante en el pago del valor del contrato se justifica en el incumplimiento de las



obligaciones contractuales de la profesional del derecho en la realización de las gestiones encomendadas, toda vez que, para ello se acude a referir gestiones al interior de otros procesos judiciales, que nada tienen que ver con el de pertenencia que cursó en el Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá, tal como se relacionó en la cláusula primera del objeto contractual.

Aunado a lo anterior, además de no quedar acreditado el incumplimiento de las obligaciones por parte de la mandataria, que incluso, el recurrente inicia su exposición reiterando el objeto contractual como se dijo en precedencia, lo que se observa a folios 131 a 133 no es precisamente un nuevo contrato de prestación de servicios, sino que, lo que denominaron las partes el 10 de febrero de 2015 obedeció a un *contrato de mutuo sin intereses*, respecto del cual, en lo que interesa al contrato de prestación de servicios del 15 de mayo de 2014, en la cláusula quinta se expresó que: *los procesos para los cuales ya ha sido contratada seguirán desarrollándose de conformidad con lo acordado a partir de mayo de 2014 (sic) y que para mayor se mencionan a continuación: 1. PROCESO DE PERTENENCIA. Juzgado Séptimo Civil del Circuito. No Rad: 2004-509.*”, es decir, no es que posteriormente el contrato objeto de demanda haya modificado, sino todo lo contrario, fue ratificado, y menos fue alterado en sus obligaciones recíprocas, como por ejemplo, la de la contratante o mandante el pago del valor del contrato.

Por otro lado, llama la atención que, mientras que el recurrente por un lado, acepta lo considerado por el a quo sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte de la abogada respecto del mentado proceso de pertenencia que originó el contrato del 15 de mayo de 2014, y que posteriormente fue discutido al interior de este proceso, al mismo tiempo,



intenta subsumir la conducta desplegada por la promotora en otros trámites judiciales en los que también representa a la demandada, siendo que, se reitera, tales circunstancias en nada interesan a la decisión en este proceso laboral, que dicho sea de paso, el contrato de mutuo sin intereses se muestra independiente a la suerte del de prestación de servicios en discusión, y la decisión que se adopte sobre el pacto del 15 de mayo de 2014 no impide que eventualmente las partes discutan el de mutuo sin intereses.

Aunado a lo anterior, nada más alejado del derecho resulta intentar sancionar a la demandante con la falta de pago de sus honorarios, al escindir en este, negocios jurídicos distintos, por consiguiente, la decisión de instancia se confirmará por lo antes considerado, en alcance del recurso de apelación formulado por la parte demandada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 17 2019 371 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JACQUELINE DIAZ RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 25 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; así mismo dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última.

ANTECEDENTES

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

demandadas COLFONDOS S.A.S Y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todo el dinero recaudado, por concepto de cotizaciones y aportes, sin descuentos de ninguna especie y que se condene en costas a las demandadas. (fl.- 5)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, a partir del mes de septiembre de 1.984, que entre el 22 de octubre de 1.990 al mes de septiembre de 1.994, cotizó a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL.
- Que suscribió formulario de cambio de régimen, con la AFP COLFONDOS S.A. en el mes de octubre de 1.994 y posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. en mayo de 2000 y hasta la fecha.
- Que al momento de la suscripción de los formularios antes mencionados, no le advirtieron sobre las ventajas y desventajas del RAIS, sin prestar ninguna asesoría en dicho momento.
- Que al momento del traslado le ocultaron situaciones relevantes para toma de la decisión y,
- Que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 58 años de edad. (fl.- 5-6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La llamada a integrar el contradictorio UGPP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó el contenido en el numeral 8 de la demanda, para los demás manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción e imposibilidad de condena en costas. (fl. 49-57)

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 6 a 8, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Propuso las excepciones que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 64-74).

Al contestar la demanda **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 6 a 8, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 115 - 136).

Finalmente la demandada COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó el contenido en el numeral 3, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción, compensación y pago. (fl.-192-203)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 25 de febrero de 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, en relación con la UGPP y NO PROBADA en relación a COLFONDOS S.A., según lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, SANEAMIENTO DE LA NULIDAD Y PRESCRIPCIÓN propuestas por las demandadas, en la forma expuesta en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR que el traslado de la señora JACQUELINE DÍAZ RODRÍGUEZ identificada con la C.C. 51.624.337, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado por COLFONDOS S.A, fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, así mismo en relación con el traslado que efectuó a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, según las consideraciones señaladas.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CUARTO: DECLARAR que la demandante señora DÍAZ RODRÍGUEZ se encuentra válidamente afiliada, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

QUINTO: ORDENAR A LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiesen recibido con motivo a la vinculación de la demandante señora DÍAZ RODRÍGUEZ, tales como cotizaciones, sumas adicionales de aseguradoras, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, sin autorizar en ningún caso, ni a COLFONDOS ni a PORVENIR S.A, a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, siendo precisó señalar que la orden que se imparte a COLFONDOS S.A, es también trasladar los gastos de administración en caso de haberlo retenido o haberlos descontado de los valores que en su momento constituyeron la cuenta de la demandante en esa entidad.

SEXTO: ORDENAR A COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúen las codemandadas COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A y convalidarlos en la historia laboral de la demandante, según las razones expuestas

SEPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$ 900.000 M/Cte., según lo expuesto en precedencia.

OCTAVO: ABSTENERSE de imponer condena en costas a la UGPP, por las razones anotadas, aclarando que se **ABSUELVE** a la UGPP de todas las pretensiones incoadas en su contra, y se abstiene el Despacho de condenar en costas.

NOVENO: SE ORDENA LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES. REMÍTASE el expediente a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial una vez concluya la presente audiencia...”

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que el problema jurídico a que se contrae en la presente controversia que sin duda encaja dentro de los asuntos de la Seguridad Social y que consiste en determinar las circunstancias del traslado inicial de la demandante al RAIS, con COLFONDOS S.A. y su vinculación posterior a PORVENIR S.A.

En primer lugar desestimó la excepción que las demandadas denominaron falta de legitimación en la causa por pasiva, pues encontró que en caso resultar avantes las pretensiones de la demanda, ésta sería la llamada a responder dada la afiliación efectuada por la actora a dicho fondo.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

En relación con la UGPP, indicó que ninguna de las documentales que obran en el expediente dan cuenta que la demandante en algún momento hubiese estado afiliada a ficha caja, y si bien se parte de dicho supuesto, ya que, en su calidad de trabajadora pública, pudo estarlo, no obra en el expediente algún medio de convicción que así lo acredite, no obstante ante las certificaciones laborales en las que consta el tiempo de servicios y los cargos ejercidos, se desprende que efectivamente estuvo afiliada a CAJANAL, tal y como se indica en la demanda, sin que esta situación, signifique que es ella quien debe responder por las pretensiones de la demanda, por lo que declaró de oficio, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esta entidad.

Ahora bien, como antecedente de este tipo de controversias que debido a numerosas acciones de tutelas instauradas por ciudadanos, que se habían trasladado de los regímenes del Insntituto de Seguros Sociales o de Cajanal , por ejemplo al régimen de ahorro individual con solidaridad, es decir al régimen encargado a los fondos de pensiones privados, creados en Colombia en virtud de la ley 100 de 1993, y esperando los ciudadanos que a través de este mecanismo excepcional pudiesen retornar en cualquier tiempo a Colpensiones, la Honorable Corte Constitucional, profirió una sentencia de unificación, a través de la cual sentó y reitero sus criterios de unificación SU 789-2002 y la 1024 de 2004, que fijaban la reglas que permitía el denominado retorno al régimen de prima media, en esas oportunidades la Corte Constitucional, en su Sentencia Unificación 062. de 2010, señaló en síntesis que son las personas que fuesen beneficiarios del régimen de transición, por tiempo de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, es decir aquellas personas que contarán con 15 años de servicios para esa fecha, podría trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media y recuperar el régimen de transición aunque les faltara menos de menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder al derecho a la pensión, y en esa providencia me refiero a la SU. 062 de 2010, se fijaron a manera de reglas generales las siguientes para permitirse ese traslado si a los afiliados le faltaran menos de 10 años, para cumplir la edad de pensión,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

solo podría regresar al régimen de prima media, si para el 1 de abril de 1994 contaban con 15 años de servicios que equivalen a 750 semanas cotizadas, de igual manera solo las personas que tuvieran en esos 15 años de servicio al 1 de abril de 1994, podría recuperar el beneficio del régimen de transición. En tercer lugar si el afiliado es beneficiarios régimen de transición, solo por edad no podría recuperar el beneficio del régimen de transición aun cuando le faltare más de 10 años para cumplir edad de pensión, o se haya trasladado con anterioridad y finalmente en relación con los afiliados que le faltaban más de 10 años para pensionarse, se precisó que podrían trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial.

En el presente caso, la actora no es beneficiaria del régimen de transición, lo anterior simplemente para demostrar que no se pueden confundir los requisitos para ser beneficiarios de régimen de transición que puede ser dado para trasladarse en cualquier tiempo y recuperar el régimen de transición que corresponde solo al requisito de tiempo de servicios, debiéndose tener en cuenta en todo caso que se debe trasladar la totalidad ahorros del régimen de ahorro individual, al de prima media, y que el valor debe ser igual al monto total de la porte legal en caso de que el afiliado hubiese permanecido en el régimen de prima media hoy a cargo de Colpensiones, si no se cumple con tales exigencias el afiliado deberá permanecer en el fondo de ahorro individual, hasta reunir el capital suficiente para financiar su derecho pensional, o en su defecto solicitar la devolución de aportes de saldos a ese sistema.

Las anteriores circunstancias, las mencionó entonces en todo caso para resaltar a la demandante dadas las circunstancias y las pruebas que obran dentro el expediente, no alcanzo a demostrar que cumplan los requisitos para permitirse ese retorno automático, al cual hice alusión pues para el 1 de abril de 1994, no contaba con 15 años de servicios cotizados, conforme se puede extraer del certificado información laboral



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Indicó que la carga de la prueba estaba en cabeza de las demandadas, pero en este caso, la demandada COLFONDOS no se preocupó por arrimar ningún medio de convicción, esto es ni siquiera se allegó el formulario de afiliación.

Por su parte PORVENIR S.A., si bien, si allegó el formulario de afiliación suscrito por la actora, en el mismo no contiene datos relevantes que ayuden a descubrir la información que le fue dada.

Por todo lo anterior, accedió a las súplicas de la demanda, en los términos antes señalados.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

“Gracias señor juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente interpongo el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dictado por su despacho dentro del proceso 2019 – 371 conforme a los siguientes argumentos manifiesto respetuosamente que mi representada se aparta de la decisión de instancia en primera medida al considerar que el traslado de la demandante fue válido por cumplir los requisitos que la normatividad prevé para la fecha, vale indicar que para el año 1994 se encontraban vigentes las normas correspondientes a la ley 100 y el decreto 663 de 1993 en donde básicamente la obligación de información se enfocaba a brindar una simple información sobre todo orientada a evitar la coacción de escogencia de régimen en ese sentido la misma Corte Suprema de Justicia en reiteradas jurisprudencias en especial traigo a colación la SL 1452 de 2019, magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas en el que se indica que el deber de información ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo Lo que implica que de hecho de ver aumentado su exigencia a lo largo de los años, por lo que para dicha fecha no existía la obligación de realizar una comparación de regímenes de realizar proyecciones pensionales doble asesoría o buen consejo pues es Claro que dichas obligaciones nacieron con mucha posterioridad a la afiliación de la demandante e incluso al traslado horizontal que realizó con mi representada y por lo tanto es deber del juez revisar la validez del acto jurídico conforme a la normatividad dispuesta para el momento histórico adicional a ello en opinión de mi representada el juzgador valorado de manera inadecuada El Deber de información al manifestar que la Afp debe haber desanimado la demandante se hizo traslado le resultaba desfavorable situación que no era posible determinar para la fecha ya que tenía aproximadamente 34 años de edad y más o menos 350 semanas cotizadas por lo que se encontraba a más de 20 años de consolidar una mesada



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

pensional situación pues que no era posible determinar qué régimen le convenía más para dicha anualidad frente a la obligación que debía brindarse teniendo en cuenta la calidad de afiliado pues téngase que en este caso no se está frente a un afiliado lego, sino por el contrario se trata de un afiliado que por su calidad profesional conoce la normatividad sabe consultarla e interpretarla, las restricciones y prohibiciones que establece la misma, del cual pues se presume su actualización constante o que si bien entender sé que no es una experta en pensiones por lo menos se espera que tendrá el mínimo cuidado al suscribir actos jurídicos y más siendo tan relevantes como los correspondientes a la consolidación de un derecho pensional. Por otra parte conforme a lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte valga indicar que está señala que no recuerda nada acerca de su afiliación con Porvenir por lo que es preciso señalar que el hecho de que están no recuerde la información brindada no implica que no se le haya dado información y más cuando señala que no conocía, que conocía que RAIS o el régimen de ahorro individual se regirá por la ley 100 que conocía que eran distintos los requisitos de consolidación de pensión de vejez en uno y otro régimen y así mismo la misma demandante confesó haber recibido una comunicación por parte de mi representada en la que se le Indicó que estaba próxima encontrarse inhabilitada para retornar al régimen de prima media y a pesar de que asegura que realizó el trámite respectivo para retornar pues es Claro que no hay pruebas de dichas diligencias o por lo menos no que dicha solicitud sea ya ha llegado a mi representada por lo que contrario a lo manifestado por el despacho Pues fue Clara La voluntad de la demandante de permanecer afiliada al rais y por lo tanto resulta desconcertante para mí representadas que se acceda a la ineficacia del traslado por supuestamente no haber contado con un consentimiento informado cuando lo manifestado por la demandante permite concluir lo contrario, Asimismo y en lo atinente a la inconformidad con la mesada pensional se reitera que dicen conformidad no es suficiente para declararla inícia como quiera que pues es bien sabido que los requisitos de consolidación en uno y otro régimen además son diferentes además entender que los requisitos de colpensiones son más claros para la consolidación y por ello Es pertinente la ineficacia sería considerar al RAIS como inconstitucional situación que pues ya ha sido zanjado por el órgano de cierre correspondiente, por último de lo que tiene que ver con la condena a devolver gastos de administración y sumas adicionales mi representada se aparta respetuosamente dicha condena como quiera que pues los primeros son descuentos autorizados de ley para asegurar la efectiva administración de los recursos de la demandante Administración que puede verse reflejada los rendimientos que generaron los aportes de la accionante por lo que condenar a devolver dichos rubros sería como entender que los saldos de la demandante nunca generaron rendimientos lo cual es totalmente contradictorio con lo que refleja en su cuenta individual por lo que es Claro que dicha administración por parte de mi representada sido juiciosa en el mismo sentido y lo que tiene que ver con sumas previsionales de la aseguradora sería improcedente imponer una condena de volver estos rubros como quiera que corresponden a dineros que ya no están en poder de mi representada sino en un tercero de buena fe que aseguraba la prestación que podría eventualmente recibir la demandante ante una contingencia de invalidez o muerte, por lo que condenar a mi mandante a volver estos rubros sería como entender que la demandante nunca estuvo cobijado asegurada para dichas contingencias. Por todo lo anterior Solicito al honorable tribunal superior de Bogotá sea revocada en su integridad la sentencia proferida por el despacho de instancia y en su lugar se absuelva a mi representada de todas las pretensiones de la demanda Muchas gracias.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES, señaló:

“Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpongo recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de tomar el despacho sustentando la de los siguientes términos: sea lo primero indicar que está defensa no comparte aquella afirmación que realiza el despacho respecto de una situación características especiales particularmente haciendo referencia la densidad de aportes que tenía la demandante Al momento de realizar un traslado de régimen pensional yacían obligatorio al fondo de pensiones al cuales se afilio, hacer un estudio pormenorizado e inclusive puedes indicarle la conveniencia o no de pertenecer a dicho régimen pensional, al respecto es importante Resaltar que tal y como lo indicó el despacho La demandante no acreditó 15 años de Servicios cotizados al primero de abril de 1994, único elemento único Única condición que nuestras altas cortes han determinado para permitir el traslado de régimen pensional en cualquier tiempo considerando que los afiliados cuando acreditaban este requisito si se evidenciaba pues una condición que hacía particularmente desventajosa o ventajosa si se quiere, al pertenecer a uno u otro régimen pensional En ese sentido el afirmar que la situación especial de la demandante hacia considerable la decisión de trasladarse de régimen pensional en el año 1994 pues no la comparte esta defensa, adicionalmente es de resaltar que para el momento en el que la demandante realizó un traslado de régimen pensional pues no tenía una expectativa legítima para pensionarse en ese momento le hacían falta más de 20 años para acreditar tan solo el requisito de edad para acceder a un derecho pensional por lo que perfectamente pudo configurar un derecho acorde a sus expectativas en cualquiera de los dos regímenes pensionales. Es importante resaltar también que aquellos requisitos modalidades características y demás que el despacho echa de menos no se le indicó a la demandante Al momento de realizarse el traslado de régimen pensional, son un complemento de El Deber de información que no solo se compone con el deber de información que recaen cabeza de las administradoras de pensiones sino que se complementa con el deber que recaen cabeza los consumidores financieros del sistema general de pensiones particularmente lo establecido en el decreto 2241 del 2010 en su Artículo cuarto que impone un deber de informarse de manera Autónoma en cabeza de los afiliados al y cómo se resaltan el numeral 1 y 2 al indicar Cómo deber del consumidor financiero informarse adecuadamente las condiciones del sistema general de pensiones, de las diferentes modalidades de pensión aprovechar los mecanismos de divulgación información y de capacitación para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones y los derechos y obligaciones que le corresponden, adicionalmente es de resaltar qué tal como lo indicó la demandante en diligencia de interrogatorio de parte, la demandante nunca se acercó a solicitar algún tipo de información a corroborar la información pues que con la que ya contaba por el contrario omitió pues esa diligencia y Solicito un traslado de régimen pensional o solicito pertenecer al régimen de prima media con prestación definida cuando ya se encontraba imposibilitada para pertenecer a este como quiera que pues ya estaba inmersa la prohibición De qué trata el artículo según de la ley 797 del 2003, en ese sentido y teniendo en cuenta que la administradora COLFONDOS en el año 1994 se encontraron la obligación de aceptar el traslado que ha solicitado la demandante a través de la suscripción y un formulario de conformidad con el artículo 112 COLFONDOS está obligada a aceptar ese traslado, máxime cuando la demandante pues no tenía una situación o desventajosa el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pertenecer a uno u otro régimen pensional máxime cuando la demandante no se encontraba entre las personas excluidas de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad De qué trata el artículo 61 de la ley 100 de 1993 en ese sentido y teniendo en cuenta que mi representada no ha sido omisa en las obligaciones legales y jurisprudenciales que recaen encabeza ella tampoco comparte esta defensa que se impongan condenas tales como condenas en costas como quiera que la misma si bien ha presentado total oposición ello se ha generado en virtud de la prohibición legal que imposibilita tener a la doctora Jacqueline Díaz Rodríguez como afiliada. En ese sentido Solicito a la sala laboral y tribunal superior del distrito judicial de Bogotá absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas en esta instancia Muchas gracias”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, se tiene que lo pretendido por la señora JACQUELINE DIAZ RODRIGUEZ, se circunscribe a la resolución del contrato de administración de aportes, que se formalizara mediante formulario suscrito en el mes de octubre de 1.994, con la AFP Colfondos, y el cambio de fondo realizado a AFP PORVENIR S.A. en mayo de 2000.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente, se encuentra que tal y como lo señaló el Juez de instancia, la actora efectuó el cambio de régimen con la AFP COLFONDOS S.A., la cual no allegó siquiera, el formulario suscrito con la actora, y si bien, la demandada PORVENIR S.A., si allegó el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 2000, por lo que es necesario resaltar que dicho formulario fue por un cambio de AFP, no fue el que generó el traslado de régimen pensional, y en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones en alegaciones, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado del actor; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, como en efecto lo indica la recurrente ya que la decisión de primer grado efectuó el estudio de la situación particular del traslado de la señora Jacqueline, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

Ahora bien, en el presente caso, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

De igual manera, contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

De igual forma, no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen no existió y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; aspecto respecto del cual procede señalar a esta recurrente que el concepto a que alude también en sus alegaciones expedido por la SuperFinanciera, no es de obligatorio observancia por parte de esta jurisdicción, como quiera que tal índole sólo la ostentan los pronunciamientos del organismo de cierre de la misma, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2019 371 01 Dte: JACQUELINE DIAZ
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**


**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**


**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**