

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HORACIO ANTONIO CRUZ ORTIZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.*

*En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de agosto de 2021, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

**A N T E C E D E N T E S**

*Horacio Antonio Cruz Ortiz, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se declare el reconocimiento y pago de vejez de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, o subsidiariamente la pensión por aportes de la Ley 71 de 988 o la establecida en la Ley 100 de 1993, la cual le resulta más favorable a la otorgada por la encartada, a partir de la fecha que por ley le corresponde 12 de diciembre de 2012 cuando cumplió la edad mínima para pensionarse, aplicando una tasa*

*de reemplazo del 90% sin que pueda ser inferior a la prestación reconocida; al pago del retroactivo de diferencias de mesadas pensionales causado, indexación, intereses moratorios y lo que resulte probado ultra y extra petita, autorizando los descuentos a salud.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 7 a 9 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 29 de julio de 1952 por lo que cumplió 60 años el mismo día y mes de 2012; momento en el cual tenía más del mínimo de semanas exigidas para obtener su derecho pensional y laboró para su último empleador hasta el 18 de diciembre de 2012; que además de las semanas cotizadas, laboró para los empleadores Ingesam Ltda., 21 semanas y 1 día; Banco Central Hipotecario 155 semanas; Secretaría de Obras Públicas de Bogotá 44 semanas y 1 día; y Servicio de Vivienda Rural 19 semanas y 2 días; lo cual suma 240 semanas, las cuales no fueron tenidas en cuenta por la demandada para su derecho pensional, con una tasa de remplazo del 90% al encontrarse cobijado por el régimen de transición o teniendo en cuenta la prestación que le sea más favorable. Agrega que a través de resolución SUB 32484 del 2 de febrero de 2018 Colpensiones le reconoció pensión a partir del 1° de febrero de esa anualidad, sin tener en cuenta la mejor condición y que para efectos del derecho prestacional no se debe sumar las cotizaciones como independiente, debido a que ya tenía los requisitos para obtener su derecho.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (cd fls 79); en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento del actor; de afiliación al ISS y su cotización a riesgos de invalidez, vejez y muerte; las semanas cotizadas a los empleadores que refiere, precisando que fueron tenidas en cuenta para efectos del reconocimiento de su derecho pensional a través del actor administrativo que menciona el accionante, bajo los postulados de la Ley 71 de 1988, en aplicación del beneficio de régimen de transición, por resultarle más favorable al demandante; respecto de los demás manifestó que no son ciertos. Como medios de defensa propuso las*

*excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 99) en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y condenó en costas a la parte demandante.*

#### RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurrió en apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, con fundamento en que como se indicó en la demanda laboró para varios empleadores del sector privado, como es Ingesam Ltda., el Banco Central Hipotecario, la Secretaria de Obras Públicas de Bogotá, Servicios de Vivienda Rural entre 1987 y 1994, periodos que no fueron cotizados, pero que fueron aceptados por Colpensiones, por lo que correspondía ser tenidos en cuenta ya con ello es claro que para la fecha en que el acuerdo 049/1990, estaba vigente había prestado servicios, estaba trabajando y por lo tanto si se puede aplicar esa norma, por ser beneficiario del régimen de transición, debiéndose aplicar las normas anteriores y teniendo en cuenta tal circunstancia su pensión correspondía ser reconocida, aplicando una tasa de remplazo de 93% del IBL al tenerse en cuenta para el reconocimiento prestacional el Acuerdo*

*049/1990. Así mismo insiste que su derecho pensional debe ser reconocido a partir de la fecha en que causó, desde que cumplió 60 años el 29 de julio de 2012, y que si bien siguió cotizando como independiente, lo fue para para no perder los benéficos de salud que tenía.*

#### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia, en los que solicitó revocar la sentencia, en tanto el demandante contaba con apenas 492 semanas válidas*

#### CONSIDERACIONES

##### RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y PENSIÓN DE VEJEZ

*Como quiera que el representante judicial de la demandante a través de la alzada insiste en la declaración de beneficiaria del régimen de transición y el reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el decreto 758 de 1990, es cuestión primordial establecer si es beneficiaria del mismo, conforme lo previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que reza:*

*“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco ( 35 ) o más años de edad si son mujeres o cuarenta ( 40 ) o más años de edad si son hombres, o quince ( 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 presente ley...”*

*En la forma transcrita fue como se concibió el régimen de transición, bien por la edad del trabajador o por los años de servicios cotizados que tuviera, al momento de entrar a regir el nuevo sistema pensional. Siendo requisito sine qua non para su aplicación que la persona se encontrara vinculada a un régimen anterior, esto es, a un régimen de los existentes antes de la ley 100, que para el caso que reclama la actora, es el propio del ISS, regulado en el Acuerdo 049 de 1990. Transición que tiene por finalidad garantizarle al*

*afiliado, que cumpla con los requisitos de transición, que su situación se siga gobernando por el régimen al cual venía aportando, el que es más benigno. Si no estaba afiliado a un régimen anterior, la ley 100 de 1993 se aplica en su plenitud.*

*Aun cuando el demandante a 1° de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, ya que su fecha de nacimiento fue el 29 de julio de 1952 conforme se extracta de la fotocopia de la cédula de ciudadanía incorporada en el expediente administrativo allegado junto con la contestación de la demanda (fl 79), se extrae claramente que es beneficiario del régimen de transición, lo que igualmente fue aceptado por la entidad de seguridad social en la resolución SUB 32484 del 2 de febrero de 2018, a través de la cual se le reconoció pensión de jubilación por aportes bajo los postulados de la Ley 71 de 1988. Sin embargo, como a esa data no estaba afiliado al ISS, no le es aplicable el régimen establecido en dicha institución, o sea, el acuerdo 049 de 1990, habida cuenta que solamente a partir del 1° de abril de 1999, se afilió al ISS a través de su empleador Unidad Central del Valle del Cauca con número patronal 891900853, como da cuenta el resumen de semanas cotizadas por el empleador correspondiente al promotor de la acción visto a folios 68 a 76 del instructivo. Criterio que fue sostenido por la máxima corporación de justicia ordinaria laboral entre otras en la sentencia No. 43181 del 14 de junio de 2011.*

*Ahora, si bien la Corte Suprema de Justicia, permite la suma de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de una pensión, bajo los parámetros del acuerdo 049/1990, lo cierto es que en este caso en particular, como ya se dijo, el actor no se le puede aplicar el acuerdo 049/1990, como quiera que solamente, comenzó a cotizar a partir del 1 de abril de 1999 al ISS hoy Colpensiones; y en cuanto al disfrute de la pensión reconocida por Colpensiones bajo el amparo de la ley 71/1988, la cual efectivamente resulta más favorable a la establecida en la ley 100 de 1993, es de precisar que bien como lo manifiesta el demandante, cumplió los requisitos para obtener la prestación en el momento en cumplió los 60 años de edad, el 29 de julio de 2012, ya que en ese momento contaba con 1241 semanas, que equivalen a 24 años 1 mes y 21 días. No se puede perder de vista que cuando se trata del*

reconocimiento de la pensión por aportes, para su disfrute se hace necesaria la desafiliación del sistema general de pensiones conforme lo prevé el artículo 2º del decreto 2709/1994, criterio igualmente reiterado por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 12863/2017 y SL 3277/2021, que por regla general para el disfrute de la pensión, se requiere el retiro o desafiliación formal del sistema, pero que existen situaciones especiales de las que se pueden inferir la voluntad del afiliado a no continuar vinculado al sistema, tales como dejar de cotizar y solicitar el reconocimiento de la prestación, y en el caso particular del señor Cruz Ortiz siguió cotizando hasta el 31 de enero del 2018, por lo que correspondía su reconocimiento a partir del día siguiente, como en efecto lo dispuso la entidad demandada, imponiéndose confirmar lo decidido por el a quo.

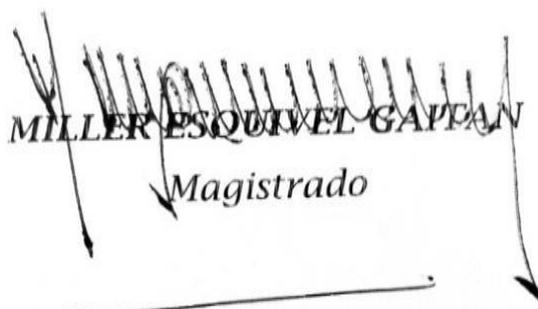
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala de Tercera Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

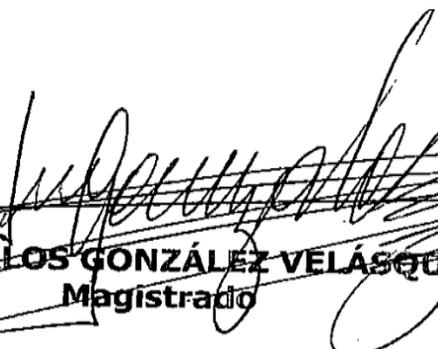
#### RESUELVE

**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada.

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$400.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese y cúmplase

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIDEN ERNECAR LANDÁZURI CUABU CONTRA CONSORCIO EXPRESS S.A.S.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

**A U T O**

*Se tiene por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López identificado con C.C. No. 79.985.203 y la T.P. No. 115.849 del C. S. de la J. como apoderado de Porvenir S.A.*

*Notifíquese*

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 29 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

## A N T E C E D E N T E S

## DEMANDA

*Jaiden Ernescar Landázuri Cuabu, por medio de apoderado judicial, demandó a Consorcio Express S.A.S., para que se declare, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 7 de julio de 2014 al 28 de diciembre de 2016, el cual finalizó por causa imputable al empleador. En consecuencia, se condene a la enjuiciada a la indemnización del artículo 64 del CST, la sanción moratoria del artículo 65 ibídem, la sanción del artículo 99 de la ley 50 de 1990, indexación de las condenas, la reliquidación de las prestaciones sociales a causa de la mora en el pago de la liquidación, lo ultra y extra petita. y las costas del proceso.*

*Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 5 a 8 del expediente, en los que en síntesis indicó que: suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demanda el 7 de julio de 2014, el cual estuvo vigente hasta el 28 de diciembre de 2016, tiempo en el que se desempeñó como operador de bus, percibiendo inicialmente como salario \$616.000, cifra que varió a partir del 23 de julio de 2014, cuando las partes acordaron incrementar la remuneración a partir del 1º de agosto de 2014, a \$742.300, siendo la última asignación mensual la suma de \$925.876; el contrato finalizó debido a que la empleadora adujo una justa para ello, luego de adelantara el trámite disciplinario, en el que rindió descargos el 17 de noviembre de 2016, diligencia en la que conoció la totalidad de los hechos por los que se adelantaba la actuación, la cual, sólo se efectuó en presencia del abogado de la empresa Jairo Andrés Ríos; dentro del acta de descargos el ex trabajador dejó constancia de contar con testigos, pero éstos no fueron escuchados; mediante comunicación de "diciembre de 2016" se le informa que se continuará formalmente con el proceso disciplinario y se le cita para ampliar los descargos el día 13 del mismo mes y año, oportunidad en la que se le indica que existe declaración de un trabajador que presencié los hechos, sin embargo, no le fue suministrada para contradecirla y con ello, ejercer su derecho de defensa, por lo que se anotó en el acta de esa reunión que era suspendida, dado que el trabajador no fue debidamente notificado; luego de ello el 28 de diciembre de 2016, se da por*

*terminado el contrato de trabajo con justa causa; el 8 de febrero de 2017 se le hizo entrega de la liquidación, cuya elaboración data del 16 de enero de esa anualidad; el pago de la liquidación final se realizó el 21 de enero de 2017, esto es, más de 50 días después de que feneció el vínculo entre las partes, sin justificación alguna.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada en forma legal y oportuna (C.D. fl. 73), se opuso a las pretensiones formuladas. Frente a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, los extremos y la remuneración percibida por el entonces trabajador. De igual manera, aceptó que se realizó proceso disciplinario en el que se dieron todas las garantías a Landázuri Caubu, al punto que compareció a dos diligencias de descargos, suspendiéndose la última de ellas debido a la falta de interés del trabajador en contestar las preguntas formuladas y que con ocasión a los hechos que dieron origen al despido, también se procedió a terminar el contrato del otro empleado que participó en el evento endilgado al actor. Como medios de defensa propuso de fondo las excepciones que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa del demandante, pago y compensación, improcedencia de la reliquidación de las acreencias laborales, buena fe, mala fe y la genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 75), en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes del 7 de julio de 2014 y el 28 de diciembre de 2016, cuya terminación lo fue sin justa causa, por lo que condenó a la sociedad al pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST en suma de \$1.836.320, absolvió a la enjuiciada de*

*las demás pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de Consorcio Express S.A.S. en suma de \$350.000.*

#### *RECURSO DE APELACIÓN*

*Inconforme con la decisión del a quo, las partes la recurrieron: El extremo demandante considera que hay lugar a la condena del artículo 65 del CST, ya que, la empresa no estaba liquidando 7000 trabajadores, sino 47, aunado a que el empleador jamás informó que se demoraba 50 días para efectuar el pago, y es que el trabajador es la parte débil de la relación, por tanto debe protegerse, sin que haya lugar a que asuma la mora de la empresa, pues la liquidación final no requería de operaciones aritméticas “pesadas”, de manera que no hubo un buen proceder de la sociedad.*

*A su vez, el extremo demandado considera que la valoración probatorio realizada por el fallador de primer grado fue inadecuada, puesto que la justa causa se encuentra acreditada, no sólo con el dicho del testigo presencial de los hechos, sino que además en los descargos Jaider Erneskar aceptó la existencia del incidente con su compañero de trabajo, incluso el fallador estimó que si bien el testigo Jeffrey Alemán narró que “los compañeros se insultaron”, lo cierto es que el trato entre conductores es fuerte por lo que convalidó a acción indicando que no se evidenció la agresión, pese a la indicación de que le demandante trató de agredir a uno de sus compañeros con un destornillador; agrega que el sentenciador calificó la conducta del ex trabajador, pese a que la calificación de grave fue pactada por las partes.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la accionada allegó alegatos en los que reiteró los motivos de su inconformidad y adicionó respecto del recurso del extremo actor, que la empresa actuó de buena fe, por lo que no es procedente la sanción del art. 65 del CST.*

#### *CONSIDERACIONES*

*Atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las partes al momento de sustentar su recurso de apelación.*

#### *CONTRATO DE TRABAJO*

*No fue objeto de controversia que entre el demandante y Consorcio Express S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de julio de 2014 y el 28 de diciembre de 2016, desempeñando como último cargo el de conductor, con un último salario mensual de \$925.876, hechos que se aceptaron desde la contestación de la demanda y se corroboran con el contrato de trabajo a término indefinido (fls. 25 y 26), carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 34) y la liquidación final del contrato de trabajo (C.D. fl. 86).*

#### *DESPIDO SIN JUSTA CAUSA*

*El desacuerdo con la decisión lo centra el extremo demandado en la valoración de las pruebas que conllevó a la condena de la indemnización del artículo 64 del CST.*

*Ahora, cumple precisar que está demostrado el hecho del despido, así que es carga procesal del empleador demostrar la justeza del mismo. En consecuencia, procederá la Sala al análisis de los medios probatorios allegados al proceso.*

*Bien, en el caso de autos, la determinación de Consorcio Express S.A.S. de rescindir el contrato de trabajo fue comunicada al actor mediante carta fechada 28 de diciembre de 2017 (fl. 34); allí se aducen como hechos motivantes de esta determinación los siguientes:*

*“1. La Compañía tuvo conocimiento de que Usted incumplió con sus obligaciones laborales, toda vez que el día 08 de noviembre de 2016, agredió verbal y adicionalmente amenazó con un destornillador a su compañero de trabajo Juan Camilo Bernal, Operador Zonal del patio Engativá.*

*2. Conforme a lo anterior, Usted incumplió con sus obligaciones laborales como trabajador, lo que denota claramente un acto grave, negligente e irresponsable de su parte, lo que ocasiona que haya transgredido los deberes impuestos a Usted en el contrato de trabajo y en el Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa.*

*(...)*

*4. Ahora bien, aun cuando en la diligencia de descargos Usted proporcionó algunas respuestas evasivas en cuanto a su incumplimiento por la agresión verbal hacia el señor Juan Camilo Bernal, la Compañía cuenta con una versión escrita la cual fue puesta en su conocimiento al inicio de la diligencia de ampliación descargos celebrada en fecha del*

14 de diciembre de 2016, la cual expresa: "(...) El señor Landázuri empezó a molestar al señor Camilo ocasionando que el señor se molestara empezaron a insultarse el señor Camilo desafió al señor Landázuri y el señor sacó un destornillador amenazando que lo iba a apuñalar (...)" por lo anterior se evidencia un comportamiento abiertamente arbitrario y gravemente indisciplinado de su parte en el desarrollo de sus funciones propias de su cargo, así como su grave incumplimiento del Reglamento Interno de Trabajo".

Más adelante, en la misiva de terminación del contrato de trabajo, la demandada indicó que las conductas anteriormente señaladas, se enmarcan dentro de las justas causas de los ordinales 2º y 6º del artículo 7º del decreto ley 2351 de 1965; así como el numeral 1º del artículo 58 del CST.

Corresponde entonces determinar si la sociedad accionada, a quien le corresponde de probar las justas causas que alegó en su oportunidad para romper el nexo laboral, cumplió con su carga procesal, esto es, establecer que los hechos esgrimidos en la comunicación del despido ciertamente tuvieron ocurrencia y con ellos se infringieron disposiciones legales o contractuales.

En este orden, verifica la Sala que fue aportada copia de la citación a diligencia de descargos para el 17 de noviembre de 2016, recibida por el accionante, y en la que se anota: "se registra novedad en la cual aparentemente usted agrede física y verbalmente a su compañero Juan Camilo Bernal (...)" (fl. 40), también se aportó el acta de la mentada diligencia, en la que se registró:

**"Preguntado:** la compañía tuvo conocimiento el día 8 de noviembre a las 10 am aparentemente usted agredido físicamente a su compañero o por lo menos existió la intención de agresión. Sírvase explicar lo sucedido

**Respuesta:** no me acuerdo de la hora exacta, el día 8 de noviembre estando en jornada no laboral (mi tiempo de descanso) fuera de las instalaciones de la empresa o de viernes que pertenezcan a la empresa departiendo con compañeros en una charla algunos compañeros le dicen al señor Juan Camilo que también estaba en su tiempo descanso jornada no laboral que no que vaya a tumbar la siguiente vuelta que colabore con la empresa lo cual yo Jaiden ciudadano afrodescendiente (...) repito: "si Camilo colabore con la vuelta" el señor que me responde de la siguiente manera: "cállese negro hijueputa" él estaba más o menos a 10 m de distancia se abalanza hacia donde yo estoy e intenta agredirme físicamente después de haberme agredido verbalmente al cual retrocedo coloco las manos y le digo que sea serio y que vaya a mejor a dar la vuelta y él me responde: "no sea gallina, pelee" luego de eso se dirige a la parte trasera del bus toma sus alimentos los ingiere después de 20 minutos aproximadamente se dirige al regulador y manifiesta que no va a hacer la siguiente vuelta porque ha tenido un problema con un compañero, el regulador reporta eso es a centro de control (...) luego de eso el señor Camilo se dirige hacia operaciones al pasar por el lado de los compañeros que estábamos allí me amenaza diciendo que me va a embalar con el ingeniero Santos y que me va a hacer echar (...) el cruce de palabras no duró más de 5 segundos entre 5

*y 8 segundos que no creo pues que lo haya agredido porque lo único que hice fue defenderme lo único que hice fue evitar las agresiones de él (...)*

**Preguntado:** *¿por qué él dice que usted saca un destornillador?*

**Respuesta:** *no sé por qué*

**Preguntado:** *quiénes son los testigos de lo que usted está diciendo*

**Respuesta:** *yo no sé los nombres de los compañeros*

**Preguntado:** *¿pero en el momento de la supuesta agresión usted estaba acompañado de más compañeros que presenciaron el acto?*

**Respuesta:** *o sea los que estaban sentados conmigo en el pasto había como dos o 3 pero no me acuerdo estaba el regulador también más allá que el regulador es neutro no tira ni para un lado ni para el otro."*

*De igual manera obra situación recibida el 14 diciembre 2016 por el ex trabajador, en la que se en la que se cita para el día siguiente a ampliar la diligencia de descargos de esta nueva reunión obra acta visible a folios 35 y 36 en la que consta:*

*"(...) Teniendo en cuenta las investigaciones realizadas se obtiene una versión de una persona que estuvo en el momento que se presentaron los hechos y se pone de presente al señor Landázuri.*

*testigo: "los compañeros vienen con altercados meses atrás y el señor Landázuri empezó a molestar al señor Camilo ocasionando que los señores se molestaran se empezaron a insultar, el señor Camilo desafió al señor Landázuri, y el señor sacó un destornillador amenazando al señor de que le iba apuñalar a la final se insultaron y empujaron, pero no pasó a mayores"*

**Preguntado:** *¿sacó sí o no el destornillador?*

**Respuesta:** *no*

**Preguntado:** *¿por qué en la versión se afirma que usted sacó el destornillador?*

**Respuesta:** *la versión está distorsionada porque no va con ninguna de las dos versiones que dijimos adelante ni Camilo ni yo, puesto que, en ningún momento ni yo en nuestra declaración hemos dicho que nos hemos empujado y que la versión que da el señor Camilo es muy distinta"*

*También se arrimó al plenario el formato de libre descargo - reporte de operación suscrito por el señor Juan Camilo Bernal Rojas el 8 de noviembre de 2016 en el que indica: "se llegó a cabecera ruta 200 apenas me vio el señor Landázuri y me empezó a decir que saliera ya porque estaba caído yo le digo que no me molestara, me bajo del móvil y me desplazo a atrás de este para comer algo, allá me llegó a fastidiar y no dejarme comer, le dije que no molestara que me dejara comer me fastidió y no me dejó comer, a grito entero frente de todo el mundo, compañeros y peatones me bajé del móvil y le dije que no molestara, se fue para donde tenía la maleta sacó un destornillador amarillo y negro se devolvió me empujó y empujó el destornillador que me iba a hacer echar que yo era un sapo le dije que para que sacaba eso si no lo iba a utilizar, me volví al móvil y informé"*

*Se recibió el interrogatorio del demandante, quién dijo que el incidente se presentó el 8 de noviembre 2016 sobre las 10:00 de la mañana, mientras estaban en cabecera de la ruta 200, allí él y sus demás compañeros en un momento de “recocha” cuando el señor Juan Camilo bajó del bus le dijeron que colaborará y que “no fuera a tumbar la vuelta”, ante eso el señor Bernal Rojas le dijo: “cállese negro hijueputa”, a lo que él contestó que fuera serio y que más bien terminará su vuelta, luego el señor Juan Bernal fue a comer y pasados 20 minutos hablo con el regulador y se fue. Aseguró que en los descargos ningún compañero afirmó que hubiese atacado a su compañero, con quien además nunca tuvo diferencias.*

*Se escuchó también el señor Luis Torres gerente de relaciones laborales de la empresa demandada quien aseguró haber suscrito la comunicación a través de la cual se formalizó la cancelación del contrato de trabajo del ex trabajador alegando en ella justa causa; después de una investigación que realizó la empresa respecto se rescindió el contrato de trabajo tanto del señor Landázuri Cuabu y de la otra persona que participó en el incidente de agresión física y verbal, toda vez ,que el señor Jeffrey Alemán fue testigo de los hechos y fue justamente a causa de la declaración de éste, que se realizó la ampliación de los descargos. No participó en las diligencias de descargos.*

*Por último, dentro del interrogatorio del señor Camilo Alfonso Otálora, representante legal de la enjuiciada, manifestó que en la citación no se dijo nada acerca del uso del destornillador, ya que, esa fue una situación que se evidenció a partir del testimonio del señor Alemán, testimonio que se puso de presente al entonces trabajador en la ampliación de la diligencia de descargos.*

*Al punto, precisa la Sala, que si bien la conducta de cualquier trabajador que busque afectar a un compañero en su integridad física, ya sea con un destornillador o con cualquier otro objeto es reprochable y efectivamente da lugar a un despido con justa causa, lo cierto es, que en el presente asunto la manifestación vertida dentro de la del acta de ampliación de diligencia de descargos que se imputa al señor Jeffrey Alemán no es clara, nótese, cómo se indica “empezaron a insultarse el señor Camilo desafió al señor Landázuri y el señor sacó un destornillador amenazando al señor que lo iba a apuñalar”.*

*Recuérdese que el señor Jaider Erneskar, no aceptó ni infirió en alguna de las diligencias descargos que hubiera usado un destornillador para intimidar al señor Juan Camilo Bernal Rojas, ni siquiera confesó dentro de su interrogatorio esa situación. No se desconoce que el señor Bernal Rojas cuando presentó la queja reportó que Landázuri Cuabu tuvo un destornillador amarillo con negro durante el altercado, pero la única persona que aparentemente podía dar fe de que ese evento sucedió era el señor Jeffrey Alemán, quien efectuó una manifestación confusa, pues no es posible extraer si fue Camilo quien desafió a Landázuri con un destornillador, o si Landázuri respondió al desafío de Camilo con el destornillador.*

*Es de resaltar que no hacía falta que el señor Jeffrey Alemán compareciera al proceso, había bastado con que la empresa aportara esa declaración o reporte vertido por aquel, de manera que se lograra establecer con claridad los eventos que presenció con ocasión a esa riña entre Bernal Rojas y Landázuri Caabu, sin embargo, solo contamos con el extracto de aquella narración que se puso de presente al actor en el acta de descargos, de la que ni siquiera se puede extraer qué tipo de insultos se propiciaron durante la disputa.*

*Así, que lo realmente acreditado en el plenario es que efectivamente entre los trabajadores hubo un altercado, pero tampoco es posible establecer que aquel fuera de tal envergadura que diera lugar al despido, y es que no es cualquier falta la que da lugar a la terminación del vínculo laboral con justa causa, sino que tiene que ser de tal naturaleza que conlleve el calificativo de grave, esto es, que el desconocimiento de esas obligaciones y prohibiciones tienen que ser de una importancia que menoscabe en forma real la armonía, el buen desarrollo de la empresa o ponga en peligro los bienes de la empresa o seguridad de la misma o de los compañeros de trabajo.*

*No encuentra entonces la Sala que la conducta del demandante esté revestida de gravedad como lo exige la ley para dar por terminado el contrato de trabajo, ya que es la medida de más trascendencia dentro del contrato de trabajo “La gravedad -cuyo neto sentido etimológico es peso -y resulta de tan difícil mensura para el juzgador suele ser, como en el caso del ord. 8º del artículo 62 del C.S.T., en énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato etc.,*

*sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicio al patrono. Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que pueden usarse por una de ellas en su exclusiva convivencia y como instrumentos lesivos de la otra. Y por ello ha ocurrido a la calificación de graves sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen al Juzgador; a este respecto, lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo, y viceversa. En este caso como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los artículos 58 y 60 del C.S.T., y su violación grave, expresaba así por el ord. 8 del artículo 62 *Ibidem*, el juzgador califica con plena libertad, pero mediante el justiprecio de las circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos “(casación del 7 de julio de 1958). Por lo anterior se confirmará la sentencia en este punto.*

#### **INDEMNIZACIÓN MORATORIA - MALA FE**

*Centró su inconformidad la parte actora en la alzada frente a la absolución de la indemnización moratoria, ya que a diferencia de lo considerado en primera instancia, estima que la condena procede, por cuanto el pago de la liquidación final de prestaciones sociales se dio luego de 54 días determinado el nexo laboral entre las partes.*

*Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume, como erróneamente lo manifiesta el recurrente. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que “la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma [artículo 1° del Decreto 797 de 1949], al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento”.*

Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del C.S. del T), sino también por principio, porque, la buena fe, que aunque no es una norma ni se reduce a una o más obligaciones, es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, en el sentido de que, la buena fe con una mayor relevancia en el área del derecho del trabajo, no se limita a determinada obligación u obligaciones o al conjunto de las obligaciones que abarque a las dos partes.

Así que, centrándonos en el sub examine, el extremo demandado aportó certificación expedida el 30 de junio de 2020, por el jefe de compensación y beneficios de la sociedad, en el juegos se indica que la empresa a 31 de diciembre de 2016 contaba con 7307 trabajadores activos y que el 21 de febrero de 2017 realizó el pago de 46 liquidaciones de contratos de trabajo (C.D. fl. 73), Así mismo, aportó como anexo la línea de tiempo del trámite de liquidaciones finales de acreencias laborales en la cual señala, que tardan un lapso cercano a 17 días<sup>1</sup>, en caso de ser aceptada por el trabajador y de 24 en caso contrario y reporte del pago de nómina el 21 de febrero de 2017 (C.D. fl. 73).

Se escuchó al testigo Darwin Alexis Linares Trujillo trabajador de la encartada en el área de tramitar las liquidaciones finales de los contratos de trabajo, quién dijo que el paz y salvo que debe tener un ex trabajador a la finalización del contrato, puede suscribirse el mismo día de la terminación o al día siguiente. Que el pago de la liquidación del accionante se realizó solo hasta el 17 de febrero de 2017, junto con otras 46 o 48 liquidaciones y ello en razón, a que todo el trámite depende de los reportes de áreas, incluyendo el fondo de empleados, que indica si hay alguna novedad pendiente, luego de ello se procede a liquidar de manera masiva. Particularmente cuando se dio el despido empresa contaba con más de 7000 trabajadores y se encontraban finalizando año. Anotó que además de los trámites administrativos también depende de la firma del trabajador para luego continuar el proceso con el área de tesorería que también

Línea Tiempo Trámite Liquidaciones Finales de Acreencias Laborales													
Actividad	Recepción soporte retiro trabajador	Solicitud novedades de nómina a las áreas involucradas y al Fondo de Empleados	Descargue novedades y análisis de las mismas	Procesamiento liquidación en SAP	Contacto a ex trabajador para firma de liquidación y entrega soportes de retiro	Entrega liquidación a ex trabajador para revisión y firma	Alistamiento archivo pago y soportes con destino al área financiera	Validación de archivos y liquidaciones	Firma Jefatura de Compensación	Envío correo pago liquidaciones a Financiera	Envío soportes físicos a tesorería	Pago liquidación (transferencia electrónica)	Total Días Hábil. Transcurridos.
1	2 días hábiles		2 días hábiles	1 día hábil	2 días hábiles	1 día hábil	1 día hábil	1 día hábil	1 día hábil	1 día hábil	1 día hábil	3 a 4 días hábiles	17 días

*tiene fecha de corte respecto de las solicitudes de consignaciones a realizar, la firma de Jaiden Landázuri sólo se tuvo hasta el 8 de febrero de 2017.*

*A su vez, dentro del interrogatorio el demandante infirió que el 29 de diciembre se acercó a la empresa a entregar la dotación y allí firmó, luego le dijeron que en el curso de una semana le consignaban, pero en enero cuando fue por una certificación laboral le hicieron firmar nuevamente la liquidación y le dijeron que le consignaban en esa semana.*

*El representante legal dijo que la liquidación tenía fecha de elaboración el 15 enero 2017, pero que una cosa era la preparación de aquella y otra que Jaiden Ernescar la hubiese firmado en tiempo, pues que fue el demandante el que se presentó tarde para recibirla el 8 de febrero de 2017, por lo que una vez la suscribió en esa fecha, se procedió al pago el 21 del mismo mes y año. También adujo que el demandante “no quiso llegar a recibir el documento que se le había hecho el 17 de enero” y que ello consta en las cartas que le fueron enviadas por el señor Darwin Linares, al hoy extrabajador.*

*Justamente, por el volumen de empleados que tiene la sociedad, inicialmente tenía una excusa válida para sustraerse del pago de la liquidación final de prestaciones sociales por lo menos durante 24 días hábiles en caso de que el hoy demandante no aceptara los valores, pero, lo cierto es que, luego de elaborada la liquidación el 15 enero 2017, no se procedió a su pago ni se efectuó el depósito judicial respectivo, y si, lo que hizo la empresa fue requerir al señor Landázuri Caubu para que acudiera a reclamar el pago, debió entonces cumplir el empleador con la carga que le asistía al tenor del artículo 167 del CGP, demostrando que la mora acaeció por culpa del trabajador, situación que no se acreditó, por lo que no existe buena fe de la demandada.*

*Así las cosas, se revocará y adicionará la sentencia en el sentido de condenar a Consorcio Express SAS pagar a favor del actor la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST en cuantía de \$1.604.876.*

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

**RESUELVE**

**Primero.-** Adicionar el ordinal segundo de la sentencia apelada en el sentido de condenar a Consorcio Express S.A.S. a pagar a Jaiden Erneskar Landázuri Cuabu \$1.604.876 a título de sanción moratoria por lo expuesto en la parte motiva.

**Segundo.-** Confirmar en lo demás la sentencia apelada

**Tercero. -** Costas de la instancia a cargo Consorcio Express S.A.S. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$200.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WILLIAM ALFONSO BUITRAGO GONZÁLEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.*

*En Bogotá, D.C., a los nueve (9) días de diciembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*A U T O*

*Se reconoce personería al abogado Jorge Andrés Narváez Ramírez, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.020.819.595 y tarjeta profesional No. 345.374 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial sustituto de la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.*

*Notifíquese*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 9 de julio de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral*

*Transitorio del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*William Alfonso Buitrago González, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, por medio Colfondos S.A., así como la vinculación posterior a la AFP Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los aportes y a ésta última a tenerlo como afiliado del RPMPD. Igualmente pide que se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 29 y 30 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 7 de marzo de 1960, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 59 años; estuvo afiliado en el RPMPD a través del ISS entre 1986 y 1995; mientras prestaba servicios a la Fundación Universitaria Juan N. Corpas, suscribió formulario de vinculación a Colfondos S.A. el 21 de junio de 1995, cuando un promotor de ventas de la AFP lo indujo a realizar el traslado, luego de manifestarle que la pensión sería superior en el fondo privado con relación a la que eventualmente percibiría en el RPMPD, a más que la AFP era más sólida, por lo que los beneficios serían mejores, incluso podía pensionarse a cualquier edad, a más que le otrora ISS se liquidaría, por lo que los aportes realizados se perderían. Sin embargo, el asesor no brindó información clara, completa y oportuna de las consecuencias, ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, la forma de liquidar la pensión, ni los requisitos para obtenerla, de manera que no desplegó ninguna actividad de asesoramiento que le permitiera valorar las consecuencias de la decisión de traslado, por tanto, el fondo de pensiones no obró con transparencia. Posteriormente, cambió a la AFP Porvenir S.A.; el 22 de octubre de 2019 solicitó a las demandadas la anulación de la afiliación al RAIS, cuyas respuestas fueron negativas; el 20 de enero solicitó una simulación del valor de su pensión a los 62*

años con la AFP que se encuentra vinculado, la cual indicó que el valor aproximado sería de \$4.703.000.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colfondos S.A. a través de escrito incorporado a folio 50 del plenario, se allanó a las pretensiones encaminadas a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante a ese fondo, conforme al art. 98 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del C.P. T. y S.S., por lo que pide que no se le imponga condena en costas o agencias en derecho.*

*Colpensiones en escrito visible a folios 54 a 61 del instructivo, se opuso a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al RPMPD, la reclamación y la respuesta desfavorable al actor; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.*

*A su vez, Porvenir S.A., dentro del término legal describió el traslado, en escrito incorporado en medio magnético a folio 78 del plenario, en el que presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la vinculación a esa AFP y la petición efectuada a esa AFP, en cuanto a los demás dijo no constarle. Incoó las excepciones de fondo que enlistó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl.114), en la que declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., el 21 de junio de 1995 efectivo desde el 1º de julio del mismo año, retrotrayendo las cosas a su estado anterior; condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los aportes,*

*frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales, que se encuentren en la CAI, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; ordenó a Colpensiones, a activar la afiliación del señor Buitrago González sin solución de continuidad y reconstruir la historia laboral; declaró no probadas las excepciones, recibir los dineros trasladados y tenerlos como semanas debidamente cotizadas, debiendo actualizar su historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas cargo de cada una de las demandadas en un smlmv.*

### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. la recurre para que se revoque en su integridad por considerar que el deber de información no existía con las obligaciones que señaló el a quo pues para la época del cambio de régimen de se requería la expresión libre y voluntaria por medio de la suscripción del formulario de afiliación, sin que se impusiera la obligación de dar información a los afiliados, por lo que tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la ley 100 de 1993; la carga de la prueba no estaba en cabeza de Colfondos S.A. pero no puede hablarse de la inversión de la carga probatoria por cuanto los hechos son indefinidos, en ese sentido la parte actora debió acreditar las afirmaciones o negaciones en el trámite del proceso. La motivación de la parte actora es netamente económica, ya que busca acceder a una mesada superior, por lo que deben negarse las súplicas de la demanda, de manera que Colfondos S.A. dio información somera y que no estaba lejana a lo que sucedía en dicha época. No se comparten los fundamentos en los actos de relacionamiento, máxime cuando el actor efectuó 5 traslados horizontales, por lo que el comportamiento del actor demuestra que su intención siempre fue permanecer al RAIS; Tampoco procede la devolución de gastos de administraciones comisiones y fondo de pensión de garantía mínima, puesto que es una carga que sólo se impone a la {ultima AFP y no a todas a las que estuvo afiliado el demandante. A más que no es viable la devolución ordenada por cuanto se causaron rendimientos, por lo que proceden las restituciones mutuas, aunado a que las sumas descontadas no hacen parte de los dineros que forman el derecho pensional, lo cierto es que estos rubros si son susceptibles de ser prescritos. Recibió al demandante con ocasión al traslado entre administradoras.*

### ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos en esta instancia, en los que reiteró el recurso incoado.*

*A su turno, la parte actora pidió se confirme la decisión de primer grado, en tanto los presupuestos jurisprudenciales se encuentran acreditados.*

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

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Porvenir S.A., y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “en lo que concierne con la vinculación del actor al fondo demandado que aparejó para esta un cambio de régimen pensional, esa entidad de sistema de seguridad social no desplegó ninguna actividad de asesoramiento e información al trabajador, que le permitiera valorar las consecuencias de su traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad”, SON*

*hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:*

*"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*

*Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

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

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de*

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la **AFP Colfondos S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 21 de junio de 1995 con efectividad desde el 1° de julio del mismo año (fl 29 C.D. fl. 78). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la **AFP Colfondos S.A.**, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional; precisando que contrario a lo manifestado por la recurrente, el que en la demanda se mencionen algunas características del RAIS no implica en ninguna medida que la información se brindara completa respecto de ese régimen pensional, máxime cuando **Colfondos S.A.** se allanó a las pretensiones de la demanda.*

*Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en junio de 1995. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible en el folio 9 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Colfondos S.A.**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 9 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

*Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:*

*“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

*Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen del promotor es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.*

*Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.*

*Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.*

*Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás*

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

*emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Por último, la recurrente se duele de que no se condenara a las demás administradoras a devolver los gastos de administración y primas de seguro previsional, cabe indicar que el demandante no discutió ese punto, motivo por el cual no puede hacerse más gravosa la decisión respecto de Colfondos S.A.*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

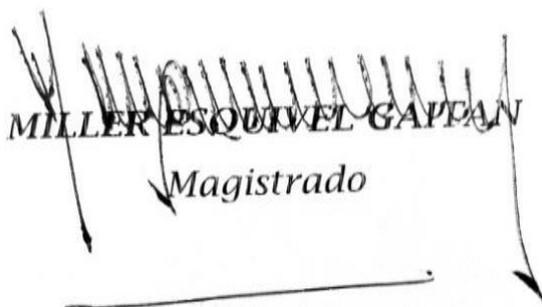
*En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

#### **R E S U E L V E**

**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LORENSA BECERRA CAMARGO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS*

*En Bogotá, D.C., a los nueve (9) días de diciembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

**A U T O**

*Reconócese personería a la Dra. María Camila Bedoya García identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y la T.P. No. 288.820 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con la C.C. No 37.627.008 y la T. P. No. 221.228 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.*

*Notifíquese*

**S E N T E N C I A**

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Colfondos S.A. contra la sentencia proferida el 6 de julio de 2021, por el Juzgado*

*Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

## ANTECEDENTES

### DEMANDA

*Lorena Becerra Camargo, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, para que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de Colfondos S.A., en consecuencia se condene al fondo privado a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual, y a esta última a aceptar el traslado pensional lo probado ultra y extra petita y las costas.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en los folios 78 a 80, en los que en síntesis se indica que: nació el 8 de octubre de 1964; realizó cotizaciones al RPMPD del 5 de agosto de 1988 al 28 de febrero de 1996; desde el 1º de marzo de 1996 y hasta la fecha ha realizado aportes a Colfondos; al momento del traslado fue persuadida por el empleador para cambiarse régimen; no se le informaron los efectos jurídicos de esa decisión a futuro, las desventajas y características propias del sistema ni efectuó una comparación entre regímenes, con lo que el fondo privado faltó a su deber de información, a más que, tampoco se realizó una asesoría personalizada, por lo que no medió un consentimiento informado; luego de una proyección pensional elaborada por la AFP, evidenció que el valor de la primera mesada era muy superior en el RPMPD en comparación con la del RAIS, lo cual era contrario a lo que se le manifestó cuando se afilió al régimen privado; solicitó a las aquí demandadas la ineficacia del traslado, y estas negaron su pretensión.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda (C.D. folio 106), en cuanto a los hechos aceptó: el*

*natalicio de la actora, la afiliación al RPMPD y las semanas cotizadas; la reclamación y la respuesta desfavorable a la activa; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.*

*Colfondos S.A., dentro del término legal (C.D. folio 109), presentó oposición a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la respuesta a la solicitud elevada por aquella. Como medios de defensa propuso las excepciones de buena fe, compensación y pago y la innominada o genérica.*

#### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 236), que declaró la ineficacia del traslado de la actora del RPMPD al RAIS por medio de Colfondos S.A., en consecuencia, condenó a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos por aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales por el tiempo que estuvo afiliada a ese fondo de pensiones sin descontar gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y a ésta última a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y reconstruir la historia laboral; declaró no probadas las excepciones e impuso costas en cuantía de un smlmv a cargo de cada una de las encartadas.*

#### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones solicita se absuelva por las costas impuestas dentro del presente asunto, ya que no le asistía la posibilidad de intervenir en la ineficacia de traslado.*

*A su vez, Colfondos S.A. la recurre, al considerar que no procede la devolución de los gastos de administración, ni los recursos de la pensión de garantía mínima, dineros que fueron descontados a la AFP sin que se llamaran a los terceros interesados en la Litis que poseen esos recursos, máxime cuando permanecerá*

*protegida por los riesgos de I.V.M. hasta tanto quede ejecutoriada la sentencia, y los referidos descuentos proceden por ministerio de la ley.*

#### *ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA*

*Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones adujo que no procede la declaración de ineficacia en tanto la señora Becerra Camargo puesto que se encuentra inmersa en la prohibición del ordinal segundo de la Ley 797 de 2003.*

*Por último, la parte actora pide se mantenga la decisión objeto de alzada.*

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

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.*

#### *ACLARACIÓN PREVIA*

*Colpensiones S.A. hace referencia en en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 57 años de edad, en tanto nació el 8 de octubre de 1964 conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 33); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 1° de marzo de 1996 efectivo a partir del 1° de mayo del mismo año a la AFP Colfondos S.A. fl. 101 (C.D. fl. 109) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en los alegatos en este punto. No obstante, la AFP*

*Colfondos S.A, presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe a revisar este punto, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.*

#### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

*Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es admisible la defensa que hace la AFP Colfondos S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993,; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la actora; de lo contrario se le estaría dando efectos parciales a esa declaratoria.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, y así no hubiera participado en el negocio que se dio entre la demandante y la AFP, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Colfondos S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez*

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

*garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003).*

*Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva. De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada, en tanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de*

*contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

#### **COSTAS**

*Las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.*

*Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:*

*“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto”.*

*En efecto, al prosperar las pretensiones de quien provocó la controversia, y resultar vencida la demandada Colpensiones, debe asumir el pago de las costas causadas dentro del proceso, sin que tenga que realizarse más consideraciones, pues el legislador al regular lo relativo a costas lo hizo con criterio objetivo, esto es, simplemente imponer su pago a quien fuera vencido en el proceso, al que le resulta desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, revisión o anulación, sin ninguna estimación subjetiva. De ahí, que no queda otro camino que confirmar el ordinal octavo de la sentencia apelada y consultada.*

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

#### **R E S U E L V E**

**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Colfondos S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

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

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CAMILO ALBERTO ALBORNOZ MENDOZA CONTRA EPSICLÍNICAS S.A. EN LIQUIDACIÓN Y CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN*

*En Bogotá, D.C., a los nueve (9) días de diciembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de la proferida el diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*Camilo Alberto Albornoz Mendoza mediante apoderado judicial presentó demanda en contra de Epsiclínicas S.A. en Liquidación y la Corporación IPS Saludcoop en Liquidación, para que se declare la existencia de un contrato a término indefinido con las demandadas entre el 1º de junio del 2000 y el 13 de enero de 2015, el cual finalizó sin justa causa. En consecuencia, se condene*

*de manera solidaria a las demandadas pagar al pago de las prestaciones sociales y vacaciones durante toda la existencia del contrato, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías; las y lo ultra y extra petita.*

*Como fundamento de las pretensiones se narran los hechos enlistados en los folios 1 a 4 y 87 a 93 (C.D. fl. 2 archivo 01) en los que en síntesis narró: que se vinculó mediante contrato de prestación de servicios a Epsiclínicas S.A. el 1º de julio de 2000, para desempeñarse como médico cirujano pediátrico, debiendo realizar procedimientos quirúrgicos o no durante la atención a los pacientes, además de valoración intrahospitalaria, salidas diarias de pacientes, así como la atención de urgencias y respuesta de consultas durante las 24 horas; el 24 del mismo mes y año, se le indicó que debía diligenciar el formulario de “control sobre el uso de antibióticos” y luego enviarlo a la farmacia de manera que se llevara un control detallado de la frecuencia y uso de los mismos, y se hizo hincapié en el cumplimiento estricto de tal requisito; la coordinadora de pediatría de la Clínica Santa Bibiana le hizo entrega de la programación del servicio de pediatría el 26 de julio del 2000, quedando pendiente el protocolo de enterocolitis necrotizante y manejo quirúrgico temprano; luego de ser promovido como jefe del departamento de cirugía pediátrica el 13 de mayo de 2003 se le convocó a participar de la presentación de las guías de atención médica de su “grupo de trabajo”; el 20 de enero de 2004 la jefe del servicio de pediatría le comunicó que luego de realizada la auditoría de diciembre de 2003 se evidenciaron falencias en el diligenciamiento de las historias clínicas, situación que se reiteró el 19 de febrero de 2004, respecto de las historias clínicas de enero de ese año; de manera permanente entre julio del 2000 y el 6 de agosto de 2007 prestó servicios de manera ininterrumpida; el 7 de agosto de 2007 suscribió un nuevo contrato para desempeñarse como cirujano pediátrico a los afiliados de las EPS Cafesalud, Cruz Blanca y Saludcoop, comprometiéndose a cumplir de manera las obligaciones que exigen la profesión, además de las especiales impuestas (fls. 87 y 88); sin mediar solución de continuidad hubo sustitución patronal de la Corporación IPS Cruz Blanca a partir del 27 de febrero de 2009, fijando para ello en el contrato unas obligaciones especiales (fl. 89), las cuales eran idénticas a las pactadas con Epsiclínicas S.A.; por reforma estatutaria del 18 de marzo de 2010 Corporación IPS Cruz Blanca en adelante*

*se llamó Corporación IPS Saludcoop; después de ello se le contrató como médico cirujano pediátrico por medio de contrato de prestación de servicios el 4 de octubre de 2011, 8 de enero de 2013 y 7 de enero de 2014 por la IPS Saludcoop, incorporándose en la cláusula tercera del contrato las obligaciones; certificándose cada uno de estos vínculos y el valor de lo percibido trimestralmente; se acordó que la prestación de los servicios sería en la Clínica Materno Infantil; el nexo entre las partes finalizó el 13 de enero de 2015; durante la vigencia de la relación entre las partes estuvo subordinado por la IPS Saludcoop a través de las direcciones general y médica, cumpliendo reglamentos y órdenes; en los 6 años mientras estuvo en la Clínica Santa Bibiana fue "obligado" a cubrir turnos de disponibilidad de primera llamada de urgencias quirúrgicas programadas por la dirección médica, así como a programar las consultas y procedimientos de acuerdo a los horarios y turnos impuestos, consignando en la historia clínica de los pacientes la información que se le exigía; además asistió a los comités médicos a los que era citado; no recibió el pago de prestaciones sociales, vacaciones, tampoco se sufragaron por las demandadas los aportes en salud, pensión y riesgos profesionales en el interregno en el que duró la relación entre las partes; y percibió los rubros que se enlistan en el hecho 35.*

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Epsiclínicas S.A en forma legal y oportuna (fls. 180 a 214 archivo 01. C.D. fl. 2), a través de curador ad litem. Como medios de defensa propuso la excepción previa de prescripción y de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de título y causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe y la genérica o la innominada.*

*Corporación IPS Saludcoop en liquidación dio contestación a la demanda de forma oportuna (fls. 194 a 214 archivo 01. C.D. fl. 2), por medio de curador ad litem. Propuso las excepciones previas que enlistó como prescripción y falta de legitimación en la causa pasiva; y como perentorias las de inexistencia de la obligación, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe y la genérica o innominada.*

### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 2 carpeta 08), en la que se declaró que entre el demandante y Epsiclinicas S.A. existió un contrato de trabajo del 1º de julio de 2000 al 6 de febrero de 2008; de igual manera, estableció que entre Albornoz Mendoza y la Corporación IPS Saludcoop Liquidada existió un contrato de trabajo desde el 21 de junio de 2008 y hasta el 21 de enero de 2015; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de la Corporación IPS Saludcoop Liquidada y totalmente probada frente a Epsiclinicas S.A.; condenó a la referida Corporación IPS Saludcoop Liquidada al reconocimiento y pago los conceptos: **a)** cesantías \$22.275.394, **b)** intereses de las cesantías \$1.050.248, **c)** prima de servicios \$8.828.720, **d)** indemnización por no pago de intereses a las cesantías \$1.050.248, **e)** Vacaciones \$2.970.141, **f)** sanción por no consignación de las cesantías \$44.935.149, **g)** sanción moratoria \$52.976.880, así como a los intereses moratorios a partir del 14 de enero de 2017 sobre salarios y prestaciones sociales adeudadas; absolvió de las demás pretensiones incoadas e impuso costas a cargo de Corporación IPS Saludcoop Liquidada en suma de \$4.400.000.*

### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, las partes la recurren: La parte actora considera que al encontrarse demostrados los extremos de la relación laboral, procedía el pago de los aportes a seguridad social durante todo el vínculo demostrado en este proceso, por lo que solicita se “adicione” la sentencia en ese punto.*

*Las demandadas Epsiclínicas S.A. en Liquidación y Corporación IPS Saludcoop hoy Liquidada representadas por el curador ad litem expresaron sus informidades así:*

*Epsiclínicas S.A. en Liquidación: no se puede declarar la existencia de un vínculo laboral con el demandante teniendo en cuenta que el demandante es médico, por tanto, ejerce una profesión liberal, motivo por el que suscribieron varios contratos de prestación de servicios donde se estableció con claridad la independencia del contratista y la inexistencia de vínculo laboral.*

*Corporación IPS Saludcoop Liquidada: existe evidencia documental de varios contratos de prestación de servicios a los que se refirió el demandante en el interrogatorio de parte, manifestando que los suscribió de forma voluntaria, sin presentar reclamación alguna en vigencia de los mismos, lo que evidencia que claramente estaba convencido de que la ejecución del contrato era de naturaleza civil, de modo que no puede declararse la existencia de un vínculo laboral con sus respectivos pagos; aduce igualmente, la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que Saludcoop carece de personería jurídica desde el año 2016 puesto que fue liquidada y cancelada su personería, por lo que no tendría la facultad y la obligación de responder ni de ser vinculada al proceso, teniendo en cuenta de que ya no existe, máxime cuando su liquidación fue forzosa.*

## CONSIDERACIONES

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por las partes en sus recursos de apelación.*

### EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

*El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.*

*De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.*

*Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).*

*Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó (art. 53 de la CP).*

*En atención a que la parte actora no discutió que su vinculación se dio mediante dos contratos de trabajo tal y como lo declaró la juez en primer grado, mostrando además conformidad con los extremos de cada uno de estos, se procederá al estudio de cada relación laboral.*

*Bajo tales derroteros, se analizará el acervo probatorio que obra en el informativo para **Epsiclínicas S.A. en Liquidación**: contratos de prestación de servicios i) fls. 67 a 70, del 7 de agosto de 2007 con una duración de 6 meses, ii) fls. 83 y 84 del 1º de julio de 2000; misivas del 20 de enero y 19 de*

febrero de 2004 (fls. 71 a 75) con el asunto de “informe mensual de auditoria”, y en las que se anota: “en su caso particular hemos detectado lo siguiente: historias clínicas sin hora en las hojas de evolución y con letra ilegible. (...) La historia clínica es un registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente y dada la importancia que tiene para los aspectos médico legales, que tiene valor probatorio y donde no son válidos los supuestos, es necesario diligenciarla de manera clara, legible, sin tachones ni enmendaduras, consignando en cada anotación, fecha y hora en la que se realiza con nombre completo y firma del autor de la misma”; comunicación del 13 de mayo de 2003 (fl. 77) con referencia “reunión de presentación de guías de atención médica Clínica Santa Bibiana” en la que se le indica “Su participación es para la institución muy valiosa y estamos seguros que contribuirá de manera importante en el fortalecimiento científico. Por lo cual le encargamos tenga todo dispuesto de la manera que considere más conveniente. De acuerdo con el número de participantes que corresponde a su grupo de trabajo, necesitamos la inscripción de los especialistas designados para el evento. Posterior a esta reunión debemos entregar el material de las guías para su impresión e iniciar la etapa de divulgación e implementación en nuestra institución. Si usted tiene algunas pendientes de entregar le pedimos el favor de hacerlo a la brevedad posible”; programa de la reunión de presentación de guías de atención médica Clínica Santa Bibiana, en el que se indica el horario en el que se llevará a cabo (fl. 78); se incorporó también la metodología de revisión de dichas guías en las que se dispuso “cada departamento tendrá la libertad en elegir las guías que considere pertinente presentar a discusión. La presentación de las guías no condiciona necesariamente una aceptación de la EPS, simplemente es un acercamiento para tratar de unificar criterios (...)”; carta del 26 de julio de 2001, de la que se extrae “con la presente hago entrega de la programación del servicio de Pediatría de la Clínica, de acuerdo a lo programado en conjunto con la gerencia, subgerencia y dirección científica de la institución (...) cuente usted con el apoyo de la clínica y el servicio en lo que nos sea posible” a dicho documento se adjunta el rotulado como “PROGRAMACIÓN CIENTÍFICA” y en cuyo contenido se señalan las fechas para presentar proyectos, seleccionarlos, fijar cronogramas, su implementación y la revisión de estos (fls. 80 y 81); documento del 24 de julio de 2000 en la que se dice “con toda la atención me permito informarle que a partir de la fecha, el Comité de infecciones controlará la prescripción de los siguientes antibióticos (anexo lista), con el fin de racionalizar el uso clínico y económico de estos (...)”, y los comprobantes de pago de entre los años 2000 y 2007, en cuyo contenidos se observa a manera de ejemplo que el 2 de enero de 2007 recibió 4 pagos diferente por concepto de honorarios o por ejemplo que en el mes de febrero de 2006 prestó servicios únicamente los días 1, 3, 7, 10, 14, 15, 18, 22, 23, 25, 27, esto es apenas 11 días, o en octubre de la misma anualidad en donde obran cuentas de cobro para los días 1, 2, 3, 4,

5, 6, 8, 9, 11, 13, 18, 25, 26, 28 y 29, es decir, 15 días, lapso en el que además tiene cobros dobles los días 1, 5 y 9, y cuádruple el día 11, situación que se presenta a lo largo del precitado interregno de 2007 a 2000.

También se recibieron los testimonios de los señores Gerardo Andrés Ariza Peña y Julián Plazas Ariza, quienes dijeron conocer al demandante luego de los años 2009 y 2011, respectivamente, cuando trabajaron para Saludcoop, por tanto, no les consta las circunstancias en las que desarrolló el vínculo entre el actor y **Epsiclínicas S.A. en Liquidación**.

De igual manera, se escuchó en interrogatorio al demandante quien aseguró que su contrato no tenía cláusula de exclusividad, motivo por el que en un consultorio cercano a la Clínica Santa Bibiana atendía en su propio consultorio algunos pacientes de manera particular. Debido a que era el único cirujano, si se ausentaba remitían los pacientes a otras clínicas ya que estaba prohibido que otro médico lo supliera en su labor, la cual desarrollaba de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. No tenía un día fijo para operar, por lo que se encontraba sometido al número de pacientes y horario determinado por el coordinador de salas de cirugía; en caso de no estar operando ni en consulta acudía a las reuniones administrativas para establecer diagnósticos, estadísticas, discutir casos difíciles e incluso, asistía a las reuniones de farmacia en los que veían qué medicamentos podían usar dependiendo de las existencias en la droguería.

Así de la valoración, en conjunto de las anteriores probanzas bajo los presupuestos de los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se concluye que **Epsiclínicas S.A. en Liquidación** no desvirtuó la presunción de que los servicios fueron ejecutados en la modalidad de un contrato de trabajo, por el contrario, de acuerdo con lo detallado, se tiene que el accionante no ejercía la labor de forma independiente, puesto que se le requería para que cumpliera con los protocolos de diligenciamiento de las historias clínicas, completar los reportes, además de adherirse a las formalidades dispuestas por la clínica para la formulación de medicamentos lo que denota no sólo la prestación personal del servicio, sino que además la subordinación de aquel respecto al nosocomio demandado.

*Por tanto, estamos ante un típico contrato de trabajo; siendo claro que preponderan los hechos probados en el proceso conforme el principio de la primacía de la realidad, que reina en materia laboral, elevado a canon constitucional en la Carta Política de 1991 en su artículo 53. Razón suficiente para confirmar la decisión del a quo en cuanto declaró la existencia de una verdadera relación laboral, entre el 1º de julio de 2000 y el 6 de febrero de 2008.*

*Ahora, en cuanto a la relación que existió entre el demandante y **Corporación IPS Saludcoop hoy Liquidada**, el curador ad litem además de señalar que no existió contrato de trabajo indica que media “la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que Saludcoop carece de personería jurídica desde el año 2016 puesto que fue liquidada y cancelada su personería, por lo que no tendría la facultad y la obligación de responder ni de ser vinculada al proceso”, sobre el particular, se tiene que en la etapa de excepciones previas se resolvió sobre ese medio exceptivo, el cual fue sustentado bajo el mismo argumento, declarándose no probado, por lo que en este estado del proceso no podría adoptarse una decisión contraria a lo fijado en la etapa inicial del trámite.*

*Así las cosas, se procede al estudio de los medios probatorios adosados al plenario respecto del contrato de trabajo alegado por Albornoz Mendoza contra Corporación IPS Saludcoop hoy Liquidada, militan en el expediente: contratos civiles de prestación de servicios profesionales como médico cirujano pediatra del 7 de enero de 2014 hasta el 6 de enero de 2015 (fls. 50 a 51), del 8 de enero al 13 de diciembre de 2013 (fls. 53 a 55), del 4 de octubre de 2011 para ejecutarse hasta el 3 de septiembre de 2012 (fls. 58 a 61), del 27 de febrero de 2009 por el término de 6 meses (fls. 63 a 66); certificado del 16 de mayo de 2013, en el que consta que prestó servicios desde el 8 de enero del mismo año (fl. 52); certificado del 24 de diciembre de 2012 en la que se anota que realizó labores desde el 4 de octubre de 2011 (fl. 56 y 57); acta de terminación de mutuo acuerdo suscrita el 5 de octubre de 2011, en la que se da por terminado a partir del 21 de septiembre de 2011 el contrato de prestación de servicios del 27 de octubre de 2010 (fl. 62); las cuentas de cobro presentadas a la IPS entre el 21 de junio de 2008 y enero de 2015, las cuales cuentan con sello de recibido de la IPS, las cuales no fueron objeto de desconocimiento o tacha alguna.*

A su vez, **Gerardo Andrés Ariza Peña**, dijo conocer al demandante desde el año 2009 cuando trabajó para la Corporación IPS Saludcoop hoy Liquidada, vínculo que entre el deponente y la IPS se prolongó por el término de dos años y medio, durante ese tiempo fue el ayudante quirúrgico del actor, narró que las cirugías eran programadas desde la administración de la clínica por medio de unos cuadros de turnos elaborados por los coordinadores, sin que se pudiera elegir los días a operar, en caso de emergencia debía atenderla; no está seguro de que tuviera disponibilidad los 365 días del año, “tenía que estar disponible mitad y mitad en caso de existir otro cirujano pediatra”, eso en el caso de las urgencias, por lo que veía a Albornoz una semana y al otro en la siguiente; aseguró que el accionante estaba en las mañanas en consulta y en las tardes en las cirugías programadas, de las que se elaboraban informes que posteriormente se incorporaban a la historia clínica; desconoce la fecha hasta la cual el demandante estuvo vinculado, tampoco conoció los contratos con los que se vinculó; no coincidieron todas las veces en las mismas cirugías pero compartían las salas de cirugía.

Por su parte, **Julián Plazas Ariza**, expresó haber sido compañero del actor entre 2011 y mediados de 2015, tiempo en el que el galeno Albornoz Mendoza prestaba sus servicios como médico pediátrico en los servicios de consulta externa de 7:00a.m. a 1:00 p.m., consulta de pos operatorios y cirugía pediátrica, esta última actividad era programada por el gerente de la torre de especialistas, siempre le mantuvieron el horario, sólo podía atender pacientes de Saludcoop dentro en las instalaciones de la referida IPS, además de turnos de disponibilidad, sin que le fuera dable cancelar las consultas programadas, y ello le consta porque siempre lo vio de servicio. Aseguró de igual manera que todos los médicos ejercían su labor mediante contrato de prestación de servicios, presentando cuenta de cobro para el efecto. El médico pediatra no contaba con la posibilidad de indicar cuándo iría a trabajar.

Finalmente, el demandante adujo que se vinculó mediante contrato de prestación de servicios, pero aun así se encontraba subordinado por los pediatras, el gerente y el director de la clínica, al punto que debía asistir a varias reuniones administrativas por lo que su horario era de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. No hizo ningún tipo de reclamación, no sabe cuándo finalizaban los contratos,

*se limitaba a ir a firma el nuevo y la renuncia del anterior. No sabe quién era su empleador, pues trabajó con Epsiclínicas, luego con Cruz Blanca y al final con Saludcoop; tenía días de consulta externa para luego programar cirugías, incluso operó niños que no cubría el contrato. No tenía exclusividad; normalmente operaba de 7:00 a.m. a 1: 00 p.m., algunas veces era sujeto de modificación el horario y eso se lo informaban el día anterior al servicio, pues debido a la ocupación de quirófano iba cambiando la disponibilidad de quirófanos.*

*Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, se concluye que la **Corporación IPS Saludcoop hoy Liquidada** no desvirtuó la presunción de que los servicios fueron ejecutados bajo un contrato de trabajo, por el contrario, conforme a lo detallado, se obtiene que el actor no ejercía su labor de manera independiente, al estar el cumplimiento su labor bajo las órdenes de la administración de la IPS; atendiendo sus actividades dentro del horario de trabajo establecido, por lo que la prestación del servicio por el demandante siempre fue personal, sus funciones eran desarrolladas con elementos que la propia demandada le suministraba y en sus instalaciones; todo esta situación enmarca una subordinación de índole laboral, lo que configura el contrato de trabajo y descarta la existencia de un vínculo regido por el contrato de prestación de servicios al que acudió la demandada para beneficiarse de las labores del actor. Además de lo anterior, las documentales obrantes en el plenario, no se tacharon ni fueron reargüidas de falsas, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, de igual manera, cabe advertir que tal como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las certificaciones laborales expedidas por el empleador se reputan inicialmente como ciertas, a menos que éste las desvirtúe (sentencia SL 6621 de 3 de mayo de 2017, Rad. 49346, reiterada en la SL 2600 del 27 de junio de 2018, Rad. 69175), situación que en el presente asunto no aconteció.*

*Así nos encontramos frente a un típico contrato de trabajo; siendo claro que en caso de divergencia entre lo que surge de lo afirmado en la demanda y en la alzada y los hechos probados en el proceso prevalecen estos últimos, según el principio de la primacía de la realidad, que impera en materia laboral,*

*reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional, elevado a canon constitucional en la Carta Política de 1991 en su artículo 53. Razones suficientes para confirmar la decisión del a quo en cuanto declaró la existencia de una verdadera relación laboral, entre el 21 de junio de 2008 y el 21 de enero de 2015.*

*Frente al salario mensual y el monto de las condenas impuestas en primera instancia, no fueron objeto de controversia en la alzada por las demandadas, por lo que se mantienen incólumes.*

#### *APORTES EN SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PENSIÓN*

*Solicita el demandante se fulmine condena por los aportes en pensión. Súplica que resulta nueva dentro del proceso, pues no fue parte de la fijación del litigio el pago de aportes en salud y pensión, por lo que incluirla dentro de la controversia en esta instancia, conllevaría la trasgresión del principio de congruencia de la sentencia que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si la ley así lo exige (art. 281 del CGP). Sin que dicha falencia de la demanda sea suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, porque para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deben ser discutidos y probados dentro del proceso, facultad que sólo la tiene el juez de primera instancia, mas no el tribunal (art. 50 del CPT y SS). Por eso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 10 de marzo de 1998, señaló sobre el particular:*

*“El derecho de defensa y el debido proceso exigen que la relación jurídica procesal quede delimitada ab initio en el juicio. Es por eso que el demandante, al elaborar su demanda laboral, debe ser cuidadoso no sólo al formular sus pretensiones, sino de manera muy especial al presentar los hechos que constituyen la causa petendi. Si bien las falencias en cuanto a las primeras pueden ser reparadas en los juicios del trabajo por el juzgador de primer grado, a condición de que los hechos que le sirven de apoyo hayan sido planteados y discutidos en juicio, no puede ese mismo funcionario, ni ningún otro, corregir el rumbo del proceso trazado por el accionante, alterando la causa petendi en que éste fincó su acción.”*

*Colorario de lo precedente, se desestiman los planteamientos del recurso frente al pago de aportes en seguridad social en salud y pensiones.*

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

**RESUELVE**

**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada.

**Segundo.-** Sin costas en esta instancia.

*Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARCELA BETANCOURT GARCÉS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los nueve (9) días de diciembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

*Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,*

*S E N T E N C I A*

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

*A N T E C E D E N T E S*

*DEMANDA*

*Marcela Betancourt Garcés, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, Colfondos S.A.,*

*Protección S.A. y Porvenir S.A. para que se declare: la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. debido a que incumplió el deber de información, por lo que las vinculaciones posteriores a otros fondos privados también son nulas y se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos frutos e intereses a que haya lugar y a esta última a activar la afiliación y contabilizar los aportes como semanas cotizadas, De igual manera pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho. Subsidiariamente, solicita se declare la ineficacia del traslado.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 8 a 10 del expediente digital, en los que en síntesis se indica que: nació el 28 de julio de 1964; cotizó al otrora ISS por medio de empleadores privados 274 semanas entre el 25 de junio de 1986 y el 31 de agosto de 1998; por medio de engaños se vinculó a la AFP Porvenir S.A. en octubre de 1999, AFP que no informó las implicaciones del traslado, los riesgos, la naturaleza del régimen de capitalización, los escenarios comparativos de pensión, el capital a acumular para acceder a la prestación de vejez, ni los beneficios de permanecer en el RPMPD; se cambió a Colfondos S.A. en octubre de 2001 y en marzo de 2006 a Protección S.A., fondos pensionales que al momento de la afiliación no ilustraron sobre los diferentes escenarios comparativos; por medio de un estudio actuarial en abril de 2018 conoció de las implicaciones del traslado y que la prestación sería cuatro veces menor en el RAIS, en comparación con el RPMPD, ante lo cual procedió a elevar peticiones a los fondo privados para que anularan las inscripciones y a Colpensiones que activara la vinculación, sin que a la presentación de la demanda obtuviera respuesta.*

#### *CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES*

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones (fls. 140 a 190), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la vinculación al ISS y las semanas cotizadas y la reclamación presentada sobre los restantes manifestó no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD,*

*prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica.*

*A su vez, Colfondos S.A. se opuso en el término legal a lo pedido (fls. 196 a 218), aceptó el natalicio de la demandante, la afiliación y la petición incoada, en cuanto a los demás refirió que no le constan o no son ciertos. Invocó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.*

*Protección S.A. dio contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 228 a 237 vto.); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a esa AFP y la solicitud elevada por la actora sobre los restantes dijo no ser ciertos o no constarles. Propuso las excepciones perentorias de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de perjuicio inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la innominada o genérica.*

*Por su parte Porvenir S.A. se pronunció en forma legal y oportuna (fls. 259 a 267), presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la activa, su afiliación y la petición elevada; de los restantes manifestó no constarle o no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.*

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 18 C2), en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional con destino a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. Condenó a Protección S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual e incluyendo los rendimientos. También condenó a Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A. a devolver los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales los cuales se deben reintegrar de manera indexada a Colpensiones, y ordenó a esta última a recibir sin solución de continuidad en el RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo de los fondos de pensiones privados, en cuantía de dos smmv al momento del pago.*

## RECURSOS DE APELACIÓN

*Inconformes con la decisión del a quo las demandadas interponen recurso de apelación, así:*

*Colpensiones la recurre por considerar que las partes intervinientes en el traslado aceptaron las condiciones del RAIS, de manera que la administradora del RPMPD no podía retenerla para que no se afiliara a Porvenir S.A., así el silencio de la demandante y los traslados horizontales mientras estuvo en el régimen privado exterioriza su voluntad de permanecer allí durante los últimos 20 años, tiempo en el que la activa sea beneficiado con rendimientos y protección de los riesgos de I.V.M. a raíz de los descuentos de los de gastos de administración y primas de seguros, a más que se encuentra dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003. Señala, que la afiliación de la demandante implica una carga y una descapitalización del régimen público, descapitalizando y causando un déficit en el sistema lo que perjudica a los afiliados que viene aportando al RPMPD. Solicita que en segunda instancia se le absuelva de las costas.*

*Protección S.A. ataca el ordinal tercero de la sentencia debido a que el descuento de los gastos de administración se encuentran establecidos en la ley 100 de 1993, destinados a financiar las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, por lo*

*que durante la afiliación la administradora cumplió con el deber que le asiste, por lo que devolverlos a Colpensiones causa un enriquecimiento sin justa causa en favor de la administradora del RPMPD y de cada uno de los vinculados a ese régimen. Téngase en cuenta que se han causado rendimientos, por tanto no se causó detrimento en la CAI, por el contrario siempre estuvo cubierta para las contingencias de I.V.M. a partir de los dineros que fueron pagados a los terceros de buena fe para tal efecto.*

*A su vez, Porvenir S.A. aduce que debe revocarse toda la decisión, pues no le era obligatorio brindar información escrita a la actora, pues era suficiente la suscripción del formulario de afiliación, a más que la decisión de permanecer en el RAIS ha sido una decisión libre y voluntaria, ratificada con el paso del tiempo, es decir, por lo que no es posible deducir la existencia de vicios de consentimiento, ya que se le explicó ampliamente acerca de las condiciones del régimen pensional. No se le puede obligar a aportar documentos que soporten la afiliación de la activa, sin que por ello pueda concluirse que faltó la AFP al deber de información. Tampoco procede la devolución de los gastos de administración, cuando en el RPMPD también se realiza dicho descuento, sumas de dinero que también son objeto de prescripción, debido a que no financian la pensión. Por último, la Superintendencia financiera estableció que no procede el traslado de gastos de administración cuando se declara la ineficacia.*

*Colfondos S.A., se aparta de la devolución de gastos de administración, situación que se encuentra consagrada en la ley 100 de 1993, a más que la activa tuvo beneficios tales como los rendimientos financieros mientras estuvo en el RAIS, dineros a los que no habría accedido de estar en el RPMPD.*

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

*Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de sustentar sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

*ACLARACIÓN PREVIA*

*Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 57 años de edad, dado que nació el 28 de julio de 1964, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 26.); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 8 de octubre de 1999, con efectividad desde el 1° de diciembre del mismo año a la AFP Porvenir S.A. (fl. 254) diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos en el recurso en este punto.*

#### *DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES*

*Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.*

*Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “la AFP PORVENIR S.A. no informó a la señora Marcela Betancourt Garcés al momento de la afiliación las implicaciones de*

*trasladarse de régimen pensional”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.*

*Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:*

*“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.*

*Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

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

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

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de*

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

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

*Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la **AFP Porvenir S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 8 de octubre de 1999, con efectividad desde el 1° de diciembre de la misma anualidad (fl. 254). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

*Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la **AFP Porvenir S.A.**, al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.*

*Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como*

*una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en octubre de 1999.*

*Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 272 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Porvenir S.A**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

*Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 272 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.*

*Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:*

*“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

*Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

*Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que*

otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil<sup>1</sup>, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

*hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no son de recibo los argumentos de las **AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A.** en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.*

*En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por **AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A.**, incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta de ahorro*

*individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C- 398 de 1998)*

*Finalmente y en cuanto a lo esgrimido por Colpensiones en su recurso, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.*

*Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.*

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

*Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.*

#### **CONDENA EN COSTAS**

*Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, en esta instancia, no es viable su absolución, puesto que al ser adversa su resolución, son éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra*

parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, al no haber prosperado el recurso de alzada, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales.

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

**R E S U E L V E**

**Primero.-** Confirmar la sentencia apelada y consultada.

**Segundo.-** Costas de la instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cada una de las recurrentes.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

*Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN*

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MANUEL ALBERTO MAYORCA SEPULVEDA CONTRA BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S

*En Bogotá, D.C., a los nueve (9) días de diciembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.*

*Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,*

SENTENCIA

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 10 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

ANTECEDENTES

*Manuel Alberto Mayorga Sepulveda, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la sociedad **British American Tobacco Colombia S.A.S.**, para que se declare de acuerdo a la premisa legal de, “a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también igual debe corresponder salario igual”; que entre el demandante y el señor Enrique Santos Montalvo, se presenta tal circunstancia, sin que la*

*antigüedad sea la única premisa para la medición y disparidad de salarios; en consecuencia, se condene al pago de los reajustes salariales y de las demás acreencias laborales tanto legales como extralegales, causadas durante los tres últimos años anteriores a la presentación de la demanda (2015, 2016 y 2017, como salario básico, primas, comisiones, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas legales y extralegales, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.*

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 159 a 162 del expediente, en los que en síntesis se indica que: se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 6 de mayo de 2008, para desempeñarse como vendedor; en el año 2015 fue promocionado al cargo de representante de ventas, labor que ha ejercido hasta la fecha; su último salario básico asciende a \$1.626.423 mensuales; devenga comisiones mensuales del 100% sobre su salario básico, mismo devengando un smar paimet que en 2015, fue de \$107.295,00; en 2016 de \$120.440; y en 2017 de \$ 130.114; así mismo relaciona que en cada anualidad devengas primas de carácter convencional adicionales a las reconocidas legalmente. Afirma que el señor Enrique Santos Montalvo, quien también es trabajador de esta compañía, cuyo contrato de trabajo igual a término indefinido, realiza las mismas funciones, pero su cargo en el de “representante de ventas canal estratégico y especial” devenga un salario básico de \$2.712.000 al momento de la presentación de la demanda e igualmente relaciona los rubros que a éste le pagan por smar paimet, y acreencias legales y extralegales ; que la única diferencia que existe es el nombre del cargo y la antigüedad como fecha de ingreso; que la labor desempeñada por los dos es la venta de cigarrillos; en la actualidad existen 12 trabajadores con el cargo de representante de ventas, todos con salarios básicos diferentes, se encuentra que dentro de los mismos hay trabajadores que teniendo mayor antigüedad, tienen un salario básico menor, respecto a los que tienen menor antigüedad; las metas de ventas se asignan por zonas y no por volumen de ventas y la tipología de clientes asignados en el rutero, tanto al demandante como al señor Enrique Santos es la de micro distribuidores de la zona de influencia, supermercados de barrio, mayorista de barrio.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

*Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, dio contestación mediante escrito obrante a folios 178 a 202, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos los aceptó los relacionados con el tipo de contrato, el cargo desempeñado y la promoción del cargo del demandante, frente a los demás dijo no ser ciertos y que son apreciaciones subjetivas del libe lista. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción.*

### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

*Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (fl. 264) en la que se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, y cobro de lo no debido y condeno en costas a la parte demandante.*

### RECURSO DE APELACIÓN

*Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre, para que el fallo sea revocado principalmente sobre que la antigüedad no es la única que se debe tener en cuenta para la nivelación salarial, como eficacia de los trabajadores que es igual, la así mismo la profesionalidad, que el demandante si lo es, en cambio su comparado no lo es, ya que hay sentencias que también toman esto en cuenta, que la convención colectiva o el sindicato no son quienes fijan los niveles salariales de ingreso, éstos son impuestos por la empresa, las convenciones y sindicatos fijan los incrementos salariales, siendo así, la empresa quien acepta esa desnivelación salarial, son muchas las demandas que se han instaurado contra la empresa, reclamando que se nivelen los salarios y como hecho sobreviviente, se expone el del señor Mayorga a quien la empresa le hizo un incremento adicional de \$15.000.000, eso quiere decir que ya hay unos trabajadores que quedan más rezagados, demostrando que si hay situaciones subjetivas dentro de la empresa; adicionalmente hace referencia a la OIT, no*

*hacer relevancia solamente a la parte antigüedad de Santos, frente a Mayorga, también como, la eficiencia, la profesionalidad de uno frente a otro y que entonces no se da aplicación al mandato del artículo 143 CST, solicita hacer más énfasis estos aspectos que están ampliamente expuestos en la parte jurídica de la demanda y las diferentes sentencias de la misma Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.*

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

*Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante en su recurso de apelación.*

#### NEXO LABORAL

*No es objeto de controversia en el proceso que el demandante viene prestando sus servicios para la demandada British American Tobacco Colombia S.A.S., vinculado inicialmente a través de contrato de trabajo a término indefinido desde el 6 de mayo de 2008, para desempeñarse en el cargo de vendedor; (contrato de trabajo visto a folio 16); tampoco lo es que a partir del 1° de septiembre de 2015, fue ascendido al cargo de representante de ventas, cargo que ocupa en la actualidad con una asignación salarial en 2017 de \$1.626.423 mensuales, y un promedio mensual de \$3.321.141,16, lo cual fue aceptado por la desde la contestación de la demanda y se encuentra corroborado con las documentales aportadas a folios 22 a75 del plenario.*

#### NIVELACIÓN SALARIAL - VALORACIÓN PROBATORIA

*El punto controvertido es el referente a la discriminación salarial por parte de la sociedad demandada respecto al promotor, por lo que estima que al ocupar igual cargo que el señor Enrique Santos Montalvo y realizar las mismas funciones, su remuneración debe ser semejante de éste. Planteada así la litis es al demandante a quien incumbe la carga de la prueba, esto es probar que se les dio un tratamiento diferencial con respecto al trabajador Santos Montalvo a (arts. 167 del CGP y 1757 del CC).*

*Establecido lo anterior, y en aras de dilucidar el punto de debate, la discriminación en materia laboral es el tratamiento diferenciado y arbitrario que da el empleador a uno o más trabajadores, con base en motivos amañados y sin una justificación objetiva.*

*El artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra el principio de igualdad salarial entre los trabajadores que desempeñan una misma labor, en las mismas condiciones de tiempo y eficiencia. Si el trabajador al desempeñar su labor lo hace en las mismas condiciones y su rendimiento es igual al de otro trabajador que desempeña la misma actividad, debe tener el mismo salario, pues de otra manera se estaría violando un principio no sólo de rango legal sino constitucional consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Siendo éste un derecho fundamental que tienen las personas para gozar del mismo trato y protección, de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin que pueda existir discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. La eficiencia viene hacer un factor importante para la igualdad pregonada por la norma citada.*

*Para la aplicación de este principio es necesario tener en cuenta que para los casos iguales hay que aplicarse un tratamiento igual, y un tratamiento diferente respecto a aquellos que presentan características desiguales, pues hay que considerar las circunstancias diversas o las condiciones en las que se desenvuelven los sujetos, o por las situaciones de orden particular que puedan afectarlos.*

*La Corte Constitucional ha expresado que el principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igual de supuestos diferentes (sentencia T 526 de 1992). En otro pronunciamiento señaló:*

*“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal: el se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también con la igualdad*

material, el igualitarismo o simple igualdad matemática” (sentencia C -221 de 1992).

*La Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que “El texto legal, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, es aplicable también a casos individuales, pero a este nivel ha sido estricta la exigencia de que se demuestre plenamente la igualdad en las condiciones de eficiencia entre dos trabajadores que reciben remuneración distinta, en el mismo oficio y en igual puesto y jornada. Ahora bien: es de sentido común que la antigüedad en el trabajo y la experiencia consiguiente puede estar en un momento dado en relación directa e inequívoca, con la eficiencia del trabajador...” (sentencia 14 de noviembre de 1957). Así las cosas, no toda desigualdad genera necesariamente una discriminación, ya que la igualdad sólo se vulnera en la medida en que la diferenciación no encuentra respaldo en una justificación objetiva y razonable, siendo ésta el resultado de un análisis previo entre los medios empleados y el fin de la medida considerada (relación de proporcionalidad).*

*De manera que al examinar las pruebas allegadas a plenario bajo los lineamientos del artículo 61 del CPT y SS, encuentra la Sala que, si bien, se obtiene que con las certificaciones laborales expedidas por la demandada dan cuenta que, como lo indica el demandante, se que encuentra vinculado al servicio de la demandada desde el 6 de mayo de 2008, y viene desempeñando el cargo de **representante de ventas**; que en 2017 devengaba una asignación básica mensual de \$1.626.000; y un promedio mensual de \$3.321.141,16; de igual manera que el señor Enrique Santos Montalvo viene laborando para la compañía desde el 21 de diciembre de 1998, y desempeña el cargo de **representante ventas canales estratégicos y especiales**, con una asignación básica mensual para la misma anualidad de \$2.526.170 y un promedio mensual de \$6.943.025; por lo que es evidente que existe diferencia salarial entre el demandante y el señor Santos Montalvo, sin embargo surge de entrada que no existe identidad de cargos.*

*De otra parte, el despacho no puede desconocer que los testigos que concurrieron al proceso Enrique Santos Montalvo, Henry Suárez y Luis Fernando Castañeda, en sus manifestaciones dan cuenta que las funciones desempeñadas por Santos Montalvo eran idénticas a las funciones del demandante, que se desarrollaban en las mismas condiciones, es decir, como representantes de ventas de los productos que comercializa la compañía en*

*las diferentes cadenas de almacenes distribuidos por zonas, con lo cual se demuestra una identidad de funciones y de esta forma el demandante cumple con la carga probatoria correspondiente, así entonces, determinar si esa diferenciación de salario está justificada por factores objetivos de diferenciación, pues el hecho de que se pruebe que desempeñaban el mismo cargo y realizaban las mismas funciones, no constituyen plena prueba para inferir ese trato desigualitario por parte de la sociedad enjuiciada, ya que se requiere la igualdad de eficiencia entre el demandante y los demás trabajadores que reciben un remuneración superior.*

*Dando aplicación a la actual jurisprudencia al respecto y teniendo en cuenta la reforma prevista en el artículo 7 de la ley 1696 de 2011 se presume que el trato diferenciado en materia salarial de remuneración es discriminado y corresponde al empleador acreditar que tal diferenciación se funda en factores objetivos. En el presente caso como se indicó el cargo desempeñado por Enrique Santos Montalvo corresponde a representante ventas canales estratégicos y especiales, cargo en el cual fue designado, después de orden de reintegro dispuesta por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 25 de enero de 2008, confirmada por esta corporación en providencia del 10 de mayo de 2013, dentro del proceso especial de fuero sindical pródigo por éste (fl 222 a 257), en razón a que venía laborando para la empresa desde el 21 de diciembre de 1998 y estaba amparado por esa garantía foral cuando fue despedido; y en el caso del demandante fue vinculado a la empresa desde el 6 de mayo de 2008, como vendedor y a partir del 1° de septiembre de 2015, fue designado como representante de ventas, encontrando otro factor diferencia, como es el de la antigüedad en el cargo entre uno y otro.*

*Ahora de las declaraciones rendidas por **Diana Rubiano**, quien se desempeña asociada de negocio de recursos humanos, para áreas de soporte y operaciones, manifiesta tener conocimiento de las funciones del señor Enrique Santos, que cuando fue reintegrado se desempeñaba como coordinadora de administración de personas, cargo de los procesos de nómina, y para el cumplimiento de la orden judicial se debía mantener las condiciones laborales, salariales y prestacionales que tenía al momento del retiro, lo que*

en efecto se cumplió, reconociendo la continuidad en la labor desde diciembre del 1998, realizando para ello todos los cálculos y manteniendo sus derechos. Indica que en la empresa actualmente trabaja bajo una estructura en la cual se tienen grados salariales y de acuerdo a esos grados, se especifican los cargos que van dentro de cada uno de ellos y existe un incremento de acuerdo con la relacionado con la antigüedad del trabajador, ya que se tiene incidencia con el salario que ingrese, actualmente se hace un aumento con convención, entonces claramente si la persona entro hace un tiempo y se va teniendo esos aumentos, si se ve a una diferenciación a una persona que entro hace 20 años, a la que está entrando ahora, así como en las rutas asignadas en las cuales varían el número de clientes, sin embargo no precisa conocer las rutas establecidas para el demandante y para el señor Santos. Por su parte **Carlos Porras** quien se desempeña como rotumarket manager, encargado de revisar todos los modelos de distribución a nivel nacional de la demandada, indica que tiene conocimiento que para el cumplimiento de la orden judicial de reintegro del señor Santos Montalvo se debió realizar con la misma banda salarial que tenía anteriormente, porque se cambió de modelo y en las posiciones nuevas ya no se tenía el mismo salario, debido a la reorganización en la empresa y en razón de ello existe una diferenciación en la banda salarial respecto de los demás representantes de ventas que entraron a la empresa con posterioridad en 2008, además indica que anteriormente el cargo de representante de ventas estaba enfocado a una canal mayorista, hacia clientes grandes en la ciudad y el día de hoy este cargo, no solamente se está enfocando en el canal mayorista como lo son las grandes cadenas de almacenes, sino en todos los canales estratégicos que tiene la compañía, ejemplo una atención de clientes como Oxxo que son supermercados pequeños, con los cuales se tienen una atención diferente, ya que primero tengo que hacer una cola, para poder que me hagan un pedido, debe hacer fila para poder que me tomen un inventario, que me paguen y luego, finalmente hablo con el cliente para poder hacer un cierre de la venta y hacer la orden de venta, en este punto de venta no puede ser atendido por un representante de ventas normal, tienda, tienda, donde la distribución atención es diferente, y en este aspecto el demandante y el ante mencionado atendían zonas diferentes. Agrega que la fijación de cuotas que hace la compañía, obedece a un factor objetivo, debido a que se maneja por unos

históricos de venta, de clientes, cada ruta que tenemos tiene una asignación de clientes y esos clientes tienen unos históricos de ventas, la cuota se calcula según los históricos de ventas y los crecimientos que ven prolongados, sobre eso hacen el cálculo y los días hábiles que tiene cada mes, de acuerdo con factores de medición en cada zona por temporadas de comercialización, precisando que tanto el demandante como el señor Enrique Santos realizaban sus labores en zonas diferentes. **José Ariza**, quien labora como gerente de área, encargado del control en el rendimiento de los vendedores, precisa que el factor variable depende de las necesidades de la compañía, ya que tienen indicadores objetivos, por volumen, por cobertura, por cartera, efectividad, principalmente, todo esto se constituye de un porcentaje por cada uno de esos indicadores que en total suman un 100%, se le pone un objetivo a cada uno de los vendedores, con las ventas históricas de la ruta en la que ellos se encuentran, el territorio de ventas, donde se encuentran, una vez se le dé ese objetivo y se les cierran los meses, se hace una liquidación con los porcentajes y ahí se deduce ese porcentaje de la renta variable, es decir para febrero usted gana el 100% de su renta y va desde el 0% y al 150% y depende del rendimiento del vendedor y ello se da exclusivamente de cada vendedor y como se indicó ello determina el rendimiento de cada uno de ellos, por lo que existe diferencia en el reconocimiento y pago de salarios a cada uno de los vendedores de la sociedad y todos tienen diferentes desempeños, lo que igualmente varía en cada mensualidad, dependiendo la comercialización de sus productos y la temporada.

Pues bien de las anteriores declaraciones se encuentra que los salarios de los trabajadores variaban según la vinculación que tuvieran con la demandada en virtud de la antigüedad que tuvieran, como lo reconocen los testigos que concurrieron al proceso, y en el caso concreto de la persona con quien se compara, se tiene que éste tiene una condición particular en razón a que ante la orden judicial de reintegro, dispuesta dentro del proceso de fuero sindical, se dispuso mantener las condiciones laborales y salariales que tenía, es decir las existentes antes de 2007, cuando fue despedido; ya que cuando ingreso el demandante ya tenían una banda salarial diferente; de igual manera para la fijación de la escala salariales se tienen en cuenta condiciones de eficiencia, debido a que los representantes de ventas, están distribuidos por zonas con

*clientes diferentes, que en el caso del demandante está relacionado con clientes mayoristas y en para el señor Santos Montalvo además de tener clientes mayoristas, tenía a su cargo clientes estratégicos o especiales, relacionados con pequeños supermercados, cuya atención es diferenciada y por ello la denominación del cargo que se le dio con posterioridad al reintegro, circunstancias éstas que en criterio de la Sala constituyen justificación razonable y objetiva, para que exista la diferenciación de salario entre los trabajadores tantas veces mencionados, no encontrándose del material probatorio un trabajador en similares condiciones, para concluir esa discriminación. Debiéndose confirmar la sentencia apelada.*

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

**RESUELVE**

**Primero.-** *Confirmar la sentencia apelada.*

**Segundo.-** *Costas de la instancia a cargo del demandante. Por Secretaría, inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000.00 por concepto de agencias en derecho.*

*Notifíquese y Cúmplase*

  
MILLER ESQUIVEL GAPPAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado