

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ISABEL MEDINA DE BEDOUT
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00057 01 Juz 33.**

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA ISABEL MEDINA DE BEDOUT demandó a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 a 7.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Sanción del Art. 13 lit b y 271 de la Ley 100 de 1993.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Laboró para el HOSPITAL SIMON BOLIVAR E.S.E. Estuvo vinculada al extinto RPM hasta el 7 de mayo de 1998 cuando se trasladó a la AFP Porvenir. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El ISS no realizó gestión

alguna para desestimar los argumentos de la AFP. La solicitud de traslado no fue libre y espontánea. La pensión a recibir en el RAIS es aproximadamente el 60% de lo proyectado en el RPM. Porvenir le informo que tenía una vinculación simultánea con el ISS, y luego de su estudio fue asignad a Porvenir. Solicitó ante la AFP el traslado régimen a lo cual obtuvo respuesta negativa. Ante Colpensiones peticiono la afiliación al RPM, petición negada el 8 de septiembre de 2018.

Actuación Procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 131 a 151.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; 2 16 35 36
- Formuló como excepciones de fondo; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y genérica.

La AFP PORVENIR S.A., dio contestación en los términos del escrito visibles a folios 102 a 120.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos no acepto el contenido de los mismos.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir, de fecha 7 de mayo de 1998. Ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración

y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que Porvenir S.A. no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

PORVENIR S.A.: Manifiesta que la AFP cumplió con el deber de información según la normatividad vigente al momento del traslado. La demandante no solicitó o buscó información sobre el traslado de régimen, en razón a que para esa época no se exigía documentar por escrito la asesoría y bastaba la suscripción del formulario de afiliación. La permanencia en la AFP ratifica la voluntad de la demandante de afiliación al RAIS. Indica que no es procedente la devolución de los saldos junto con los gastos de administración y reducimiento, toda vez que estos gastos ya fueron descontados para cubrir los riesgos contratados y no se encuentran en poder de la administradora de pensiones; además que dicha condena constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. En relación con los rendimientos señala que estos fueron fruto de la gestión de administración, en consecuencia, por los alcances dados a la nulidad no es posible su devolución. Solicita la revisión de la cuantía de las agencias en derecho, así como la condena en costas.

COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia en lo referente a la declaratoria de nulidad, señala que esta decisión puede generar una afectación económica a la entidad. La demandante no cuenta una expectativa legítima o un derecho consolidado. La inversión de la carga de la prueba genera una carga desproporcionada a cargo de las AFP, más aún al tener en cuenta que la demandante acepta que firmó el formulario de afiliación de manera libre y espontánea.

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

Parte demandante: No presento alegatos en esta instancia.

Parte demandada:

COLPENSIONES: Solicita se revoque la decisión proferida ya que se demostró que el traslado fue realizado de forma libre y voluntaria y se le suministró la información correspondiente a la actora al momento de suscribir el formulario de afiliación a la AFP, por lo que no hay causal de nulidad o ineficacia, o vicio en el consentimiento que invalide dicho acto jurídico. Además, en la actualidad la demandante está dentro de la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional, y con el transcurso del tiempo y su forma de actuar, por no dejar de cotizar, se entiende subsanado cualquier tipo de error que hubiese podido suceder. Considera que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la parte demandante.

PORVENIR: Indica que esta entidad siempre ha actuado de buena fe y conforme a la norma, dice que el traslado se realizó por la actora de forma libre y voluntaria. Manifiesta que en caso de declararse la ineficacia del traslado no se deben devolver los gastos de administración y primas de seguro provisional, en razón a que los valores de la cuenta de la afiliada fueron invertidos correctamente y su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones pues se incumplirían las reglas de las restituciones mutuas, además de que a estos valores se les aplica la prescripción pues no están destinados a financiar la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 8 de septiembre de 2018 (fl. 24), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 7 de mayo de 1998, cuando solicitó su vinculación a la AFP porvenir, según formulario que reposa a folio 123.

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien la actora el 7 de mayo de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 123), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

En todo caso, no se advierte en el presente caso una carga desproporcionada de la prueba, como quiera que en los términos de la sentencia con radicación No. 31.989 de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos donde se estudia la ineficacia o nulidad del actor jurídico del traslado de régimen, es la AFP quien tiene la carga de demostrar haber cumplido con el deber de información que siempre existido, tal como se expuso en la sentencia SL1452-2019.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora, pero no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

En relación con el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, afirmó que para el momento del traslado no tenía conocimiento de las condiciones y diferencias de uno y otro régimen pensional, dijo que no leyó el formulario de afiliación por la presión laboral que tenía en ese momento. Afirmando que este fue suscrito bajo presión por su empleador. Un asesor de Porvenir le dijo que el ISS se iba a acabar y eso afectaba sus aportes. No le dijeron nada sobre aportes voluntarios ni qué pasaría con ellos en caso de fallecimiento. En el año 2017 busco asesoría en la AFP y le dijeron que su mesada sería de aproximadamente \$900.000. No sabe cuáles son los requisitos para acceder a la pensión. Manifiesta que la inconformidad con la mesada fue la razón para interponer esa demanda.

En punto de lo anterior, se tiene que las insuficiencias en el deber de información tampoco se subsanan por el hecho de que la actora reconociera que PORVENIR le informó algunas de las características del régimen de ahorro individual al absolver el interrogatorio de parte, pues tal información sin una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, tal como lo expuso recientemente la CSJ SL en la sentencia SL 3349-2021⁴, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

En cuanto al análisis entre ineficacia y nulidad, resulta oportuno recordar que si bien existe diferencia entre estos términos, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos artículo 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL4360, SL1688 y SL3464 de 2019, que al no haber previsto el legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por analogía el mandato

⁴ "La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido. En cada caso, habrá que examinar los elementos que conforman el plenario para determinar, individualmente, las circunstancias que rodean a quienes en un asunto como el presente, han activado el aparato judicial."

previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

La ineficacia del acto del traslado, se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136 de 2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, sin que nada tenga que ver el tiempo de permanencia en el RAIS, si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición o sí cuenta con una expectativa legítima pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones"*.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración dentro de los que se encuentra las primas de seguro y los dineros destinados a generar rendimientos, junto con los rendimientos, impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir,*

⁵ "Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

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

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

(...)

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

la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales", en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del régimen de ahorro individual devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta sin que signifique esto un perjuicio a la entidad, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 20085), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta ni de Colpensiones.

Finalmente, en cuanto a la petición de la demandada Porvenir de revisar la condena en costas impuestas a esa AFP, se debe tener en cuenta lo previsto en el numeral 5 del art. 366 del C.G.P.⁶, adicional a ello se le pone de presente que la imposición de costas procede a cargo de la parte vencida de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del art. 365 del CGP.

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

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes AFP Porvenir y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de ellas como agencias en derecho.

⁶ **ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes AFP Porvenir y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de ellas como agencias en derecho.

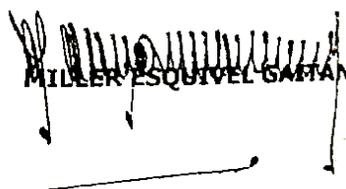
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WILSON ANDRES PEÑA VERGARA CONTRA COINGCOL S.A.S. Rad. 2019 00062 01 Juz 39.

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

SENTENCIA

WILSON ANDRES PEÑA VERGARA demandó a **COINGCOL S.A.S.**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios. 3 a 4.

- Contrato de trabajo desde el 01 de julio de 2012 al 18 de febrero de 2018.
- Cesantías.
- Intereses a las cesantías.
- Sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo.
- Prima de servicios.
- Vacaciones
- Aportes a pensión, salud, y riesgos laborales.
- Indemnización moratoria del artículo 65 C.S.T.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 4 a 5. Se vinculó mediante contrato verbal con la demandada entre el 1 de julio de 2012 hasta el 18 de febrero de 2018, en el cargo de técnico de enfriado, el salario fue de \$1.100.000, con un horario de lunes a viernes de 8am a 6pm y sábados de 8am a 12m. COINGCOL SAS lo envió en misión a trabajar en la empresa HQ5 SAS. No recibió llamados de atención o sanción algún producto de su labor, ni tampoco fue afiliado a alguna entidad de seguridad social en, salud y riesgos laborales, los ciclos 01/2013 y 02/2013 se cotizaron a PORVENIR por parte de COINGCOL S.A.S., y HQ5 S.A.S cotizó los meses 02, 03, 05 y 06 del año 2018. Presento renuncia 18 de febrero de 2018 y a pesar de la cita a conciliación y las solicitudes y realizadas la empresa no ha cancelado sus prestaciones sociales.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 50) y corrido el traslado la accionada COINGCOL S.A.S., contestó en los términos del escrito visible de fls. 56 a 60 y 73 (subsanción).

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados al no haber pagado la seguridad social en salud, pensión, riesgos laborales, cesantías y las acreencias laborales que les solicitó el demandante.
- Formuló como excepción de mérito cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de julio de 2012 hasta el 18 de febrero de 2018, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó a la demandada al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos:

- Por cesantías \$3.664.537
- Por intereses a las cesantías \$269.415
- Por prima de servicios \$1.853.512
- Por compensación de vacaciones \$1.614.665, valor que deberá ser pagado de forma indexada.
- Por indemnización por no consignación de las cesantías \$16.104.022
- Por sanción moratoria \$18.749.808, más intereses moratorios por prestaciones sociales desde el 19 de febrero del 2020 hasta que se verifique el pago de las obligaciones.
- Por aportes al sistema de seguridad social en pensión desde el 1 julio del 2012 al 18 de febrero de 2018 a favor fondo de pensional que se encuentra afiliado el demandante, con índice de base de cotización 1 salario mínimo legal mensual vigente
- Por costas \$1.700.000

Llegó a esa determinación al advertir que encontró acreditada la prestación personal del servicio del demandante con las pruebas aportadas al proceso, y para ello se apoyó en los testimonios y la certificación laboral expedida por la empresa demandada sin que ésta pudiera desvirtuar la presunción del artículo 24 del C.S.T., resaltó que del acervo probatorio se podía evidenciar la continuada subordinación y dependencia a la que estaba sometido el trabajador, como quiera que este no podía escoger su horario, ruta, zona ni el cliente al cual iba a prestarle el servicio, pues éstos eran asignados por un coordinador o supervisor mediante vía telefónica, WhatsApp o una App, el trabajador se acercaba por días a recibir su listado de servicios asignados e informar sobre las actividades desarrolladas el día anterior, lo que para la juez evidencia un seguimiento y control de los servicios realizados. Igualmente tuvo en cuenta que la empresa le suministraba al demandante los repuestos necesarios para la realización de su trabajo, éste cumplía un horario de 8am a 5pm de lunes a viernes, los sábados y con un domingo de disponibilidad, si bien se alegó que éste podía trabajar de forma independiente ya que el contrato no le exigía exclusividad, precisó que no tenía justificación jurídica la distinción en la forma de contratación entre los técnicos que prestaban sus funciones en la calle y los que lo hacían únicamente en la empresa, ya que cumplían las mismas funciones y obligaciones. Determinó que los extremos de la relación laboral entre las partes del proceso lo fueron entre el 1 de julio de 2012 hasta el 18 de febrero del 2018, en razón a que así se acredita en la certificación laboral aportada, fue un aspecto aceptado por empresa en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal la demandada. **Aplicó la excepción de prescripción** sobre los derechos laborales comprendidos 3 años antes de la fecha de presentación de la demanda, es decir los causados con anterioridad al 21 de enero del 2015. Para el cálculo de las acreencias laborales y sanciones tomó el salario mínimo porque el demandante no probó cual fue el monto de su remuneración. Absolvió de los aportes a la EPS y a la ARL por ser estos únicamente exigibles durante la vigencia de la relación laboral. Encontró procedente la sanción por no consignación de cesantías y pago de prestaciones sociales ya que no se evidenció la buena fe de la demandada debido a que la empresa quiso disfrazar su vínculo con el trabajador como de prestación de servicios, a pesar de haberse comportado como un verdadero empleador por más de 5 años, misma suerte que corrió la **sanción moratoria, sin embargo respecto de ésta última en cuanto a su tasación no la ordenó de forma indefinida**, como lo ordena la norma cuando se trata del salario mínimo, **pues dijo que no podía beneficiar al demandante de su propia culpa al no**

haber demostrado en el proceso el salario devengado. Al ser adversas las declaraciones y condenas del proceso condenó también en costas a la demandada.

Recurso de apelación

La demandada pidió se revoque la decisión dictada. Señaló que no comparte la apreciación probatoria realizada por la juez, ni se tuvieron en cuenta sus alegatos sobre los diferentes valores que tenían los servicios dependiendo de la habilidad de los técnicos. Indica que en el proceso no se realizó una confesión por parte del representante legal de la demandada, ya que él no imponía horarios ni ordenes, solo asignaba los servicios a la escogencia de los técnicos. Insiste en que entre las partes no hubo una relación de carácter laboral y éste no se puede colegir por una certificación aportada al proceso, la cantidad de técnicos que tiene la demandada en la nómina, el suministro de repuestos por parte de la empresa a los técnicos o por tener una aplicación en la compañía para coordinar los servicios. Dijo que los técnicos de la empresa cumplen funciones y reciben una remuneración distinta al personal vinculado por servicios. Alega que el demandante no tenía exclusividad para trabajar con la demandada y sí disfrutaba de autonomía en el desarrollo de sus funciones ya que él podía escoger si trabajaba en la calle, la ruta a realizar, aceptar o no servicios, quedarse el tiempo que estimara en la empresa o viajar, además de poder presentar sus cuentas de cobro cada quince días o cuando quisiera. Dice que el demandante es contradictorio en su dicho ya que en su interrogatorio manifestó que le pagaban por servicios realizados y en la demanda afirma que recibían un salario fijo.

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

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia **deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación***", el cual se limita a determinar si entre las partes existió una verdadera relación de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

De la existencia de la Relación Laboral

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como "aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración". El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo

desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado. Acorde al sustento normativo, corresponde a La Sala examinar el material probatorio allegado al proceso y así determinar si se logró establecer la relación laboral.

En el proceso se recaudaron los siguientes documentos: certificación del 8 de octubre de 2018 expedida por la demandada, en la que consta la fecha de inicio de labores del actor (01 de julio de 2012) quien se desempeñó como operario de refrigeración para el proyecto Colombina y para el momento en que se expidió la misma, el demandante estaba como trabajador en misión en favor de HQ5 S.A.S. (fl. 16), documento que La Sala considera válido y brinda certeza tanto del extremo inicial de la vinculación, así como de la existencia del contrato de trabajo, pues esta prueba conforme lo enseñado por la SL CSJ en Radicado No 69175 - SL 2600-2018, M. P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en lo que respecta al valor probatorio de tales documentales ha precisado que: *"Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que **los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos** «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva **sólida** (SL14426-2014; SL6621-2017)."*

También se aportó acta de conciliación fallida ante el Ministerio del trabajo (fl. 17), reportes de servicios realizados e inspecciones realizadas por el demandante (fls. 18 a 47), historia laboral en la que registra aportes a pensión efectuados por la demandada quien cotizó a su favor por los meses de enero y febrero del 2013 (fl. 48), no obstante, desde ya se advierte que ésta documental no puede ser tenida en cuenta para declarar la existencia de una relación de trabajo, como quiera que estos aportes no dan cuenta de los elementos que integran un vínculo laboral, esto en los términos enseñados por la SL CSJ en su jurisprudencia, entre ella la sentencia del 10 de marzo de 2005 radicado 24313¹.

En cuanto al **interrogatorio de parte rendido por el demandante Wilson Andrés Peña**, éste manifestó que inició a laborar con la demandada desde el 1 de julio de 2012, con un horario de 8am a 5 o 6pm. Quincenalmente presentaba las cuentas de cobro según los servicios realizados a Raúl (representante legal de la demandada), siguió órdenes de sus jefes inmediatos, ellos eran Inírida la secretaria, el de almacenamiento o el que estaba dando los repuestos, trabajó algunos domingos en disponibilidad sin ir a la empresa, y los sábados, pero no en horas extras o nocturnas. Dijo que si hacia las actividades dentro de Bogotá la empresa no le reconocía viáticos, cuando no tenía servicios por realizar iba a la planta a hacer reparaciones hasta cumplir el horario, en algunas oportunidades podía elegir qué servicios tomar conforme a la ruta que tenía asignada para el día. Dejó de trabajar con la demandada porque encontró una mejor oportunidad laborar.

El **representante legal de la demandada en su interrogatorio** (Raúl Humberto Luna), explicó que el demandante fue contratista de refrigeración para su empresa a partir del 1 de julio del 2012, hasta más o menos febrero del 2018, el demandante fue quien decidió no continuar con la empresa, no hay contrato escrito porque este (demandante) tenía problemas personales e inconvenientes para suscribir uno, iba 1 o 2 veces por semana a entregar un reporte físico y si necesitaba repuestos los solicitaba. Dijo que el demandante estuvo vinculado a pensiones por un tiempo nada más ya que así vinculan a los técnicos que cumplen horario, el actor dejó de

¹ (...) Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <...el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261).

cumplirlo y tomó la decisión de trabajar por prestación de servicios, por consiguiente, fue desafiliado, las labores al demandante eran asignadas vía telefónica o por mensajes de WhatsApp, la empresa les pasaba una lista de servicios por cumplir (esto no era todos los días) y el actor era quien decidía cuales realizar y en que horario.

El testigo Alexander Cortez Zapata (compañero de trabajo del demandante), dijo que el actor inicialmente se vinculó como ayudante de conducción y luego paso a técnico de refrigeración, el actor laboró desde el año 2012 hasta el 2018, el horario que se cumplía fue de lunes a sábado desde las 8 o 8:30 am, a veces antes si tenían servicio programado y dependiendo de la ruta volvían a la empresa a las 5pm o se iban directamente a la casa, los trabajos a realizar eran asignados por Raúl (el representante legal), por Inírida (quien también se encargaba de coordinador y entregar la lista de los trabajos) o otra "muchacha", ellos eran quienes les daban las órdenes. Dijo que veía al demandante todos los días y como él trabajaba mediante contrato verbal en el almacén (el testigo) le recibía los repuestos, cuando no había servicios el actor se quedaba en la bodega a su disposición arreglando neveras.

El testigo William Fernando Idárraga, dijo que conoció al demandante en la empresa, se desempeñó como técnico de refrigeración, ellos iban a la empresa dependiendo de los repuestos que necesitaran, tenían horario de lunes a viernes de 8 a 5pm con sábados de 8 a 12 y un domingo de disponibilidad, debía avisar a su supervisor (Raúl, Inírida o el coordinador), para ausentarse; eventualmente les hacían reuniones, algunas veces trabajaba en cuartos fríos, les pagaban por servicios realizados si superaba el monto del salario, les supervisaban las actividades que realizaban el día anterior y les entregaban una lista de trabajos por hacer, los cuales no podían rechazar, éstos se evacuaban de acuerdo a las prioridades y las zonas en que estaban laborando, posteriormente toda la información de los trabajos a desarrollar se empezó a trabajar por WhatsApp, vía telefónica o por una aplicación que desarrolló la empresa desde finales de 2017, mediante la cual se sabía en tiempo real qué trabajos habían sido realizado, mencionó que ambos tenían las mismas funciones pero que él (testigo) estaba vinculado por contrato a término fijo.

El testigo Javier Alejandro Gómez, (amigo del demandante), dijo que este trabajaba por servicios mediante una ruta por zonas que les entregaban diariamente mediante vía telefónica las auxiliares o secretarias, los pagos eran quincenales, ellos no cumplían horarios y todo esto lo sabía porque los técnicos se lo comentaban. Mencionó que los técnicos de calle, entre esos el demandante, no realizaban funciones en la empresa, esos técnicos eran coordinados por Inírida y no todos los técnicos tenían las mismas funciones.

El testigo Néstor Emilio Molina Cañón, (primo del representante legal de la demandada), adujo que el demandante es contratista, no cumplía horarios, no tenía un salario básico, no reportaba ausencias, no les exigían exclusividad, las coordinadoras de servicios les asignaban de manera diaria y por zonas los trabajos que debían desarrollar, de acuerdo con la cantidad de servicios se realizaba el pago previa presentación de cuentas de cobro. Raúl les otorgaba la dotación o insumos para laborar. Indicó que el accionante reparaba algunas veces equipos en bodega si no tenía servicios en calle, solo desarrollaba labores en Bogotá y los servicios que hacía le eran pagados por parte del usuario a la empresa.

Conforme lo anterior, La Sala colige que en el asunto en efecto se dio una verdadera relación de trabajo entre las partes, pues no es otra la conclusión a la que se puede llegar si se tiene en cuenta que no hubo discusión sobre las actividades que desplegó el actor de manera personal como técnico de refrigeración, lo que da pasó a la presunción del artículo 24 del CTS. Tampoco se puede desconocer la certificación antes estudiada en la que la demandada acepta la vinculación laboral, sumado a lo dicho por el representante legal de la llamada a juicio, quien acepto que el actor en una época estuvo trabajando directamente con la empresa (razón por la que hizo aportes a pensión), también dijo que PEÑA VERGARA pasaba un reporte físico

semanal de sus actividades a cargo, las que eran asignadas vía telefónica o por WhatsApp, y que se le entregaba una lista donde reposaban los servicios que debía efectuar, circunstancias todas estas indicativas de la existencia del elemento de la subordinación. Ahora, si bien se adujo que el actor podía decidir cuales servicios hacía, lo cierto es que esa libertad dependía de donde estuviera ubicado y la ruta que estaba realizando.

Así las cosas, se concluye que era la empresa la que imponía al demandante los servicios técnicos que él tenía que realizar, sin que se evidencie que en esta labor contara con autonomía para decidir cuándo y cuáles servicios hacer, el actor no podía separarse de lo asignado en la lista que se le entregaba casi que diariamente, además de esto, la demandada era la que según las zonas y la necesidad del servicio asignaba las rutas, ella proporcionaba los elementos de trabajo tales como repuestos a utilizar en el desarrollo de las tareas, y el hecho de que el actor se desempeñara como técnico en calle, situación de la que se pregona que no cumplía un horario de trabajo, este solo aspecto no debilita ninguno de los elementos descritos en el art. 23 del CST, para tener por no probado el vínculo laboral, pues al margen de que el demandante haya decidido trabajar en la empresa o fuera de ella, en el asunto lo único cierto es que todas las actividades asignadas las realizaba a nombre de la empresa en los términos que ella le imponía y vigilaba.

Finalmente, llama la atención de La Sala la declaratoria de la excepción de prescripción que declaró la juez, ya que, revisadas las actuaciones allegadas al proceso en forma digital, ni de la contestación de la demanda, ni de la subsanación, se advierte que tal excepción fuese propuesta por la llamada a juicio, en ese orden la juez emitió un pronunciamiento en el que paso por alto las disposiciones contentivas en el art. 282 del CGP, en que reza:

"ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. *En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda."*

No obstante, tal yerro, La Sala ante el silencio de las partes y en aplicación del art. 66A del CPTSS, está imposibilitada para pronunciarse al respecto.

Así las cosas, La Sala **CONFIRMA** la decisión apelada en lo que refiere a la declaratoria del contrato de trabajo, y como los conceptos ordenados ni sus cuantías fueron objetados por ninguna de las partes, sobre ellos no se impartirá ningún pronunciamiento.

COSTAS

La de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho para las partes demandante y demandada.

DECISIÓN

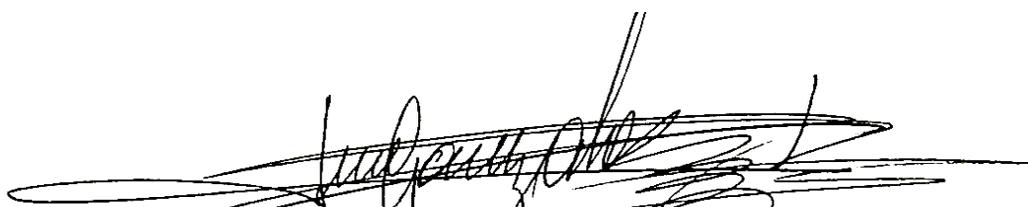
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de noviembre de 2020, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. La de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho para las partes demandante y demandada.

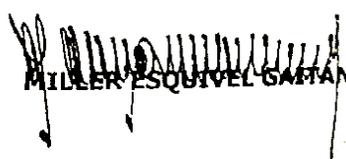
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NOHORA ELIZABETH SUAREZ RAMÍREZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00253 01 Juz 08.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NOHORA ELIZABETH SUAREZ RAMÍREZ demandó a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 1 y 2.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 3. Nació el 21 de abril de 1961. Se afilio al ISS el 4 de octubre de 1979. Se trasladó al RAIS mediante la AFP Porvenir S.A. el 1 ° de febrero de 1999. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le fue expuesta la disminución del monto de la mesada o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 13 de febrero de 2019, radicó reclamación administrativa ante Colpensiones en la cual solicitó la nulidad del traslado y reactivación de la afiliación al RPM. Así mismo, el 8 de febrero de 2019 elevó derecho de petición a Porvenir S.A. en el que solicito la documentación en la

que constara la asesoría brindada al momento del traslado y proyección de la mesada pensional. El 14 de febrero de 2019, Colpensiones dio respuesta rechazando la petición presentada.

Actuación Procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

contestó en los términos del escrito visible a folios 63 a 69.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y genérica.

La AFP PORVENIR S.A., dio contestación en los términos del escrito visibles a folios 86 a 105.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Formulo como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir, de fecha 18 de diciembre de 1998. Ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que Porvenir S.A. no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: Considera que la declaratoria de ineficacia del traslado resulta improcedente, comoquiera que la AFP Porvenir cumplió con la carga probatoria con base en las exigencias normativas para la época del traslado. Señala que la inconformidad de la actora se limita al monto de mesada pensional, lo cual no la legitima para solicitar la nulidad de traslado, máxime después de haber estado afiliada al RAIS por más de 22 años.

PORVENIR S.A.: Manifiesta que la AFP cumplió con el deber de información según la normatividad vigente al momento del traslado, en razón a que para esa época no se exigía documentar por escrito la asesoría y bastaba con la suscripción del formulario de afiliación. Indica que no se causó perjuicio alguno a la demandante con el traslado efectuado, pues no contaba con ninguna expectativa legítima ni era beneficiaria del régimen de transición. Señala que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no es de aplicación automática y solo procede en el caso que concurran los mismos supuestos fácticos.

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

Las partes ratificaron sus argumentos expuestos en las etapas transcurridas del proceso.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 13 de febrero de 2019 (fl. 25), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 18 de diciembre de 1998, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 31).

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien la actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir, el 18 de diciembre de 1998 (fl. 31), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación

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

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

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

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

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

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

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

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

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores

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

Cabe resaltar que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³.

públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

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

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

De acuerdo a lo planteado por la AFP Porvenir, en cuanto a la errónea exigencia de la prueba exclusivamente en cabeza de la administradora de pensiones, se rememora la sentencia SL CSJ-2817 de 2019, en la cual adoctrinó que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS está en cabeza del fondo de pensiones, al respecto dijo:

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad que asumió la afiliación efectuada por la demandante, sin que la simple suscripción del formulario sea prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. La AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). Insuficiencias que contrario a lo considerado por el apoderado de Colpensiones, no se subsanan por el hecho que la actora hubiese permanecido 23 años efectuando cotizaciones sin manifestar insatisfacción frente al régimen escogido, pues evidentemente las consecuencias del traslado de régimen y sus inconformidades solo salen a relucir cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión e indaga por los términos en que le será reconocida tal prestación.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*". En cuanto a lo manifestado por Porvenir S.A., al alegar que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no es de aplicación automática, La Sala trae a colación la sentencia *C-836 de 2001* del órgano Constitucional que expone lo siguiente:

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

Lo anterior significa que el fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia se encuentra en el derecho que tienen los ciudadanos de acceder a decisiones judiciales fundadas en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley como objetivo y límite de la actividad estatal suponen la igualdad de trato frente a casos similares y la desigualdad de trato entre situaciones opuestas que obligan especialmente a los jueces.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

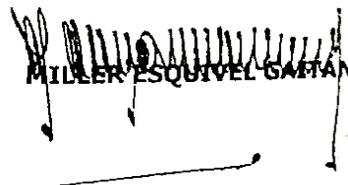
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DEIVI ALEJANDRO BELTRÁN REYES
CONTRA JCB ARQUITECTOS S.A.S. Rad. 2019 – 00402 - 01 Juz. 37.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DEIVI ALEJANDRO BELTRÁN REYES demandó a **JCB ARQUITECTOS S.A.S.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 y 6 del expediente.

- Existencia de contrato de trabajo.
- Estabilidad laboral reforzada.
- Reintegro.
- Salarios.
- Prestaciones sociales.
- Indemnización Art. 26 Ley 361/1997.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 y 5. Se vinculó mediante contrato de obra o labor el 19 de mayo de 2016 para desempeñar el cargo de ayudante de construcción, con un salario mensual de \$689.454. El 23 de mayo de 2016 sufrió una caída de una altura de 6 metros lo que le causó diversas lesiones que derivaron en reiteradas incapacidades que se prolongaron hasta el 21 de diciembre de 2016. El 31 de mayo de 2016 fue calificado con el 22.30% de pérdida de capacidad laboral por parte de Positiva Compañía de Seguros, con fecha de estructuración 23 de mayo de 2016; calificación que fue apelada y se encuentra en trámite de la junta regional de calificación de invalidez, de otra parte, la IPS Emmanuel emitió recomendaciones laborales, en las cuales se resalta que debía realizar un cargo administrativo, vigilancia, mensajería o manejo de documentos y evitar trabajar en alturas. El día 23 de diciembre de 2016 la demandada dio por terminado el contrato laboral sin justa causa y sin solicitar permiso al Ministerio del Trabajo, no obstante, en aras de buscar una solución amigable optó por la conciliación pero ningún representante de la accionada se presentó a las audiencias. Ante su grave situación de salud y económica, radicó tutela ante el Juez Promiscuo Municipal de El Rosal – Cundinamarca, sin embargo, fue rechazada por improcedente, bajo el argumento de que debía recurrir a la jurisdicción ordinaria laboral para dirimir su situación.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del circuito de Bogotá mediante auto del 28 de junio de 2019 (fl. 100) y corrido el traslado, la accionada **JCB ARQUITECTOS S.A.S.** contestó en los términos del escrito visible a folios 110 a 123 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la existencia de la relación laboral, la modalidad, los extremos temporales y el cargo desempeñado.
- Formuló como excepciones de mérito; Inexistencia de la obligación para el Empleador, la terminación del contrato se realizó por justa causa, conforme a lo establecido en la Ley (art. 61 del C.S.T. numeral d) y convenio entre las partes, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, no configuración de derecho al pago de ninguna prestación, buena fé y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Siete laboral del circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que:

"PRIMERO: DECLARAR que el despido del señor DEIVI ALEJANDRO BELTRAN REYES acaecido el 22 de diciembre de 2016 es ineficaz, por encontrarse el trabajador en un estado de debilidad manifiesta o disminución física previsto en las Leyes 361 de 1997 y 1346 de 2009 como se explicó en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a JCB ARQUITECTOS S.A.S. a reconocer y pagar a favor del demandante DEIVI ALEJANDRO BELTRAN REYES el pago de salarios, auxilio de cesantías, intereses sobre las mismas, valores que deberá reconocer en forma indexada, y los aportes al sistema integral de seguridad social, causados desde el 22 de diciembre de 2016 hasta el 14 de octubre de 2020, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: CONDENAR a JCB ARQUITECTOS S.A.S. a reconocer y pagar al señor DEIVI ALEJANDRO BELTRAN REYES la suma de \$4'136.580 correspondiente a 180 días de salario por concepto de sanción establecida en el art 26 de la Ley 361 de 1997.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR a la demandada en costas a favor del demandante, por secretaría tásense, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV."

Llegó a esta determinación luego de corroborar que conforme a las documentales allegadas se acreditó la ocurrencia del accidente de trabajo, las afectaciones a la salud del actor y las incapacidades derivadas del mencionado suceso, además, obra el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la ARL Positiva con el que concluyó que como consecuencia del accidente de trabajo el actor estaba impedido para realizar las labores por las que fue contratado, lo que se confirma tanto con la declaración de parte del mismo actor, como con lo declarado por el testigo BRYAN STICK BELTRÁN REYES, quien estuvo presente en el momento del accidente, a lo largo de la recuperación del demandante y le constan las múltiples dolencias que lo han aquejado, por lo que todas estas circunstancias permitieron al juez colegir que el demandante era beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada implorada. En cuanto a las incapacidades, aseveró que los intervalos en los que se originaron las incapacidades no son justificables para argumentar que el demandante ya se encontraba recuperado o más aun, que haya sido la razón para despedirlo, porque ello no acreditaba la existencia o no de la condición de discapacidad, además, porque según concepto 324457 del 21/10/2011 del Ministerio

de Protección Social, allí se dispuso que la interrupción en las incapacidades se genera después de 30 días incluso si es por una patología diferente, y si bien en el caso se demuestra que el actor tenía un tratamiento por otra enfermedad, él continuó con la rehabilitación por el accidente ocasionado y no transcurrieron más de 30 días entre la expedición de una u otra incapacidad, lo que ratifica su condición de estabilidad laboral reforzada. En cuanto al contrato de obra o labor, dijo que éste no era específico, comoquiera que el término del vínculo laboral está condicionado a la culminación de las obras a nivel nacional suscritos por JCB, precisó que si bien tampoco se indicó sí el contrato finalizó cuando concluyó la obra gris o la obra blanca conforme lo indicó el testigo SALAS, en el asunto la conclusión es que la terminación del contrato no obedeció a una razón objetiva.

Recurso de Apelación

La **demandada** manifiesta que no se acreditó que la empresa conociera de la pérdida de capacidad laboral del demandante al momento de la terminación del contrato, por cuanto conoció que el actor estaba realizando otras labores como el cuidado de caballos, lo que los llevó a pensar que contaba con todas las capacidades. Expuso que en el contrato de obra o labor no especificó en qué proyecto estaría asignado el demandante, si embargo de forma verbal se le informó que la obra había concluido y por consiguiente se dio por terminado el contrato, de tal suerte que no existieron actos discriminatorios por parte de la empresa y bajo esas condiciones era imposible reubicar al trabajador en razón a que para esa fecha (23 diciembre de 2016) no estaba en ejecución proyecto activo de la compañía y los demás empleados habían salido a vacaciones o se había finiquitado sus contratos. Sostuvo que se efectuó una valoración errada de la declaración del actor y el testimonio de su hermano, toda vez que se contradijeron en diversas oportunidades. Hace mención a la valoración médica de reintegro (Fl. 172) donde se establece que el actor estaba apto para trabajar y lo que se evidencio fue una conducta negligente del trabajador, comoquiera que al momento del reintegro no cumplió con las actividades establecidas pese a que sus condiciones físicas le permitían realizarlas, además del prolongado ausentismo al sitio de trabajo durante los periodos que no contaba con incapacidad vigente.

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

Parte demandante: Insiste en la estabilidad laboral de la que gozaba al momento del finiquito laboral, la cual, permite se acceda a su reintegro y el pago de prestaciones perseguidas con el proceso.

Parte demandada: Precisa que el contrato del actor fue de obra o labor y que el mismo terminó por causas legales y no por el posible estado de salud que pudiera ostentar el demandante.

CONSIDERACIONES

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

de trabajo acaecida el 22 de diciembre de 2016, se dio en virtud de la condición de salud del actor.

Existencia contrato de trabajo por obra o labor

Entre las partes existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada que se extendió entre el 19 de mayo de 2016 hasta el 22 de diciembre de esa anualidad, donde el demandante se iba a desempeñar como ayudante en apoyo de la gestión y ejecución de los contratos de obra a nivel nacional suscritos por JCB ARQUITECTOS S.A.S. vigentes al 1º de enero de 2016.

Estabilidad laboral reforzada

Frente a la estabilidad laboral reforzada y aplicación de la Ley 361 de 1997, se debe indicar que la jurisprudencia laboral ha considerado que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato se traduce en una garantía especial que procede exclusivamente para las personas que presenten una "minusvalía" o "limitación", superior a la moderada inclusive, con sujeción al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, más no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud (sentencias de 27 ene. 2010 rad. 37514, de 30 ene. 2013 rad. 41867, SL14134, SL12110 y SL13657 de 2015 rads. 53083, 48484 y 56316, entre muchas otras más). Sin embargo, no se puede perder de vista, por una parte, que el mencionado artículo 7º del Decreto 2463 actualmente no se encuentra vigente, en virtud de la expedición del Decreto 1352 de 2013 y por lo mismo no podría hablarse de limitaciones en los grados allí previstos, por lo que en aquellos eventos en los que se encontraba vigente tal precepto, la Sala ha optado por aplicar el criterio de la jurisprudencia constitucional, según el cual esta protección especial procede para todos aquellos sujetos que presenten alguna afectación en su estado de salud, pero siempre y cuando aquel les impida, de alguna manera, ejercer una actividad laboral en condiciones normales, es decir, sobre todos aquellos que presentan un grado de discapacidad, aunque no los coloque en situación de invalidez, o con una pérdida de capacidad laboral en los grados anteriormente referidos, sino en un estado de debilidad manifiesta dada la afección física, sensorial o psíquica (CC, sentencias T-307 de 2010, T-516 de 2011, T-302 de 2013, y T-420 de 2015), interpretación que también ha sido asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se puede consultar la sentencia SL 11411-2017, Radicación 67595 del 2 de agosto de 2017 con ponencia Dr. Rigoberto Echeverri Bueno¹.

Al proceso se allegaron las siguientes documentales; fotocopia de la cedula de ciudadanía (Fl. 13), formato de informe para accidente de trabajo del empleador o contratante de Positiva Compañía de seguros (Fls. 14 y 15), copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes y anexos (Fls. 16 a 24), historias clínicas de fisioterapia emitida por la IPS Emmanuel de fechas 21 de julio, 26 de agosto, 4 de octubre y 11

¹ "La Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad. (Sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845) (...)

Así las cosas, no le asiste razón a la censura al sostener que para que el demandante pudiera ser objeto de especial protección a la estabilidad laboral, debía contar con un carné o certificación que lo identificara como minusválido o disminuido, pues tales documentos no tenían un carácter constitutivo de esa condición.

Igual situación se predica del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, pues, de acuerdo con lo adocinado por esta sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria. (Sentencia CSJ SL10538-2016)"

de noviembre de 2016 (Fls. 25 a 46), recomendaciones médico laborales emitidas por la IPS Emmanuel (Fl. 40), historia clínica de fisioterapia expedida por la IPS Emmanuel del 6 de diciembre de 2016 (Fls. 47 a 52), historia clínica de fisioterapia de la misma IPS del 3 de marzo de 2017 (Fls. 53 a 56), historia clínica emitida por la clínica Eusalud por hospitalización del accionante (Fls. 57 a 61), orden – remisión a ortopedia emitida por Eusalud S.A. (Fl. 62), informe de valoración y evolución de fisioterapia de agosto de 2016 (Fls. 63 y 64), concepto de valoración proveedor ocupacional (Fls. 65 y 66), carta de terminación del contrato suscrito entre las partes por finalización de la labor contratada (Fl. 67 y 136), certificado de incapacidad emitido por la Clínica Juan N. Corpas del 23 de mayo de 2016 por 8 días (Fl. 68 y 124), incapacidad emitida por Eusalud S.A. el 5 de junio de 2016 por 30 días (Fl. 69 y 125), incapacidad emitida por la Clínica del Occidente el 8 de julio de 2016 por 10 días (Fl. 70 y 126), incapacidades emitidas por la I.P.S. Emmanuel de fechas 21 de julio, 26 de agosto, 4 de octubre, 11 de noviembre y 6 de diciembre de 2016 (Fls. 71 a 75 y 128 a 133), copia de escrito de acción de tutela dirigido al Juez Promiscuo Municipal del Rosal – Cundinamarca (Fls. 76 a 81), notificación y fallo de tutela emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Rosal (Fls. 82 a 86), dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la ARL Positiva Compañía de Seguros (Fls. 86 a 89), solicitud de revisión del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez (Fls. 90 y 91), notificaciones y constancias de comparecencia a audiencia de conciliación de fechas 6 de abril, 15 de mayo y 15 de junio de 2017 expedidas por el Ministerio de Trabajo (Fls. 92 a 94) y certificado de existencia y representación (Fls. 95 a 97).

Certificado de incapacidad emitida por el Hospital San Rafael de Facatativá el 19 de julio de 2016 por 5 días (Fl. 127), acta de entrega de contrato de obra civil No. 013-2014 y anexo No. 1 del 16 de diciembre de 2016 emitida por JCB ARQUITECTOS S.A.S. a AMEXI S.A. (Fls. 134 y 135), carta de descripción de hechos ocurridos durante la ejecución del contrato (Fls. 137 y 138) e informe evaluación médica post incapacidad emitido por el médico ocupacional Cesar Posada el 18 de noviembre de 2016 (Fl. 139). De igual forma en el transcurso de la audiencia realizada y con base en el testimonio de **WILFREDO SALAS PINEDA** se allegó nuevamente carta que contenía la descripción de una serie de hechos ocurridos durante la ejecución del contrato anexo a la carta de terminación (folio 137 y 138) y conforme al testimonio de **DANIEL JAVIER BARCELÓ ROJANO** se agregó certificado de afiliación a la ARL SURA de fecha 14 de octubre de 2020, con el que la demandada pretendió acreditar que el actor si se encuentra en condiciones para trabajar.

De otra parte, **DEIVI ALEJANDRO BELTRÁN REYES** en su **interrogatorio de parte**, indicó que se desempeñó como ayudante de construcción y sus funciones eran las de pasar herramientas, mezclar material, cargar arena y estar pendiente de lo que necesitara el maestro de construcción. Sostuvo que el accidente fue el 23 de mayo de 2016 a las 9:20 a.m., no recuerda el diagnóstico médico exacto, tuvo incapacidades desde el momento de la ocurrencia de los hechos por todo el tiempo laborado. Explicó que existieron días en los que no tenía incapacidad y no asistió a la empresa, pero después le generaban nuevas incapacidades y que algunas de ellas las remitió con su hermano. Afirmó que durante las incapacidades estuvo en una finca de una tía porque ella era quien lo cuidaba, allí funciona un lugar de eventos pero él no cuidaba los caballos ni realizaba otra función porque no podía moverse y en ese mismo lugar recibía las visitas del terapeuta. En cita médica en la clínica Emmanuel le emitieron incapacidades por la fractura de columna. No recuerda el contenido de la historia clínica que aduce que padece "*contusión de cabeza parte no*

especificada aunque hizo la salvedad de que no sufrió ningún golpe en esa área del cuerpo. Aclaró que la incapacidad del 26 de noviembre al 6 de diciembre de 2016 fue generada con posterioridad, sin embargo no quedaron cubiertos algunos días y luego la IPS no la quiso corregir. En el mes de noviembre regresó a laborar y cumplió funciones tales como; barrer, limpiar vidrios, barandas y escaleras, no obstante no podía cumplir dichas labores por las recomendaciones médicas y los constantes dolores que sentía. En la actualidad ha estado imposibilitado para ocuparse laboralmente con posterioridad a la culminación del contrato con la demandada porque *"en la Sábana siempre requieren personas para hacer trabajos de esfuerzo"* y él no puede cumplir con dichas condiciones. Indicó que fue obligado a firmar la carta de terminación y que la encargada de la obra fue grosera y le arrojó el dinero de manera agresiva. Manifestó que la obra terminó mucho tiempo después de su despido.

El testigo **BRAYAN STICK BELTRÁN REYES** hermano del demandante, explicó que trabajó con la demandada 1 mes (mayo de 2016), su hermano cayó de un andamio y le fueron brindados los primeros auxilios, en ese momento convulsionó y luego quedó *"privado"* fue trasladado en una camioneta de la empresa a la Clínica Corpas, dijo que él actualmente está en una crisis económica porque no puede trabajar, pues pese a que no quedó inválido no lo reciben en ningún lugar. Para el momento del accidente su hermano no tenía curso de alturas, si bien tenía un arnés puesto al caerse chocó con la *"cruqueta"* del andamio y cayó de cara en el suelo por lo que se fracturó la columna, al día siguiente de haber estado en la clínica lo mandaron con una incapacidad de 8 días porque *"solo era un golpe"* pero al pasar los días se complicó, lo revisaron en Facatativá allí determinaron que debía ser operado por lo que fue trasladado a Bogotá; en su diario vivir se ha visto notoriamente afectado a tal punto que no puede realizar actividades del hogar, no conoció si las incapacidades eran continuas, en alguna ocasión le ayudó llevando la incapacidad a la empresa, aseveró que en casa de la tía su hermano no cuidó caballos porque los animales no requieren cuidados mayores a cambiarles el agua y además no podía ni moverse por lo que solo estuvo allá para que su tía se encargara de cuidarlo. A su hermano le recomendaron no hacer fuerza ni movimientos bruscos, no supo cómo fue el trato de la demandada con él, sin embargo, dijo que era difícil que le pagaran el sueldo y que no atendían las recomendaciones médicas. Reiteró que él llevó una incapacidad de su hermano a la empresa pero no era la del 16 de julio porque para esa fecha ya trabajaba en otro lugar. Su progenitora y él (testigo) son quienes se han encargado de ayudar económicamente al actor, no tiene conocimiento de afiliaciones a caja de compensación posteriores al 2016, ni que haya trabajado en el municipio de Albán o en Bogotá.

El testigo **WILFREDO SALAS PINEDA** (jefe inmediato del demandante). Indicó que es maestro general y que trabaja con la demandada en diversos proyectos. Señala que la contratación de los empleados es a través de contrato por obra o labor para que desempeñen ciertas funciones de obra gris y estructura; luego se termina el contrato y continúan con otra contratista para que realice la obra blanca y los acabados. Explicó que el demandante ingresó a trabajar un viernes, laboró ese mismo día y el sábado. Posteriormente el día lunes estaba asignado con un oficial para armar una viga y mientras realizaba ese proceso se resbaló y cayó, inmediatamente le informaron y se trasladó al lugar para prestar primeros auxilios y buscar atención médica. Para el momento de los hechos estaban construyendo una bodega. No volvió a ver al demandante ni lo tuvo a disposición en el desarrollo de la obra, no sabe si se recuperó o no porque esos temas los conocía *"la oficina"*, es

decir, el área administrativa. Indicó que el actor regresó después a llevar unas incapacidades, que le habían dicho que "*por qué estaba perdido*", le entregaron una carta de recursos humanos que se negó a firmar y él dejó constancia en el documento como testigo, observo al demandante caminando bien pero no sabía si padecía alguna dolencia. No tiene conocimiento si el demandante era apto para desempeñar el cargo contratado porque eso se manejaba en la oficina, tampoco sabe si la empresa lo capacitó para realizar actividades en alturas. Sostuvo que la obra se terminó aproximadamente en marzo de 2017, porque después de concluir la obra gris se debía realizar los arreglos correspondientes a la obra blanca, para lo cual la demandada finalizaba los contratos del personal de obra gris y vinculaba un nuevo contratista y su personal a cargo para realizar las labores de obra blanca.

También se escuchó al testigo **DANIEL JAVIER BARCELÓ ROJANO** (ex compañero de trabajo y supervisor de obra), estuvo presente el día del accidente, en ese momento trasladaron al demandante en un vehículo a un hospital cercano porque nunca llegó la ambulancia, en el momento en que el actor se reintegró a sus labores en el mes de noviembre realizaban actividades sencillas de retoques y aseo pero el actor "*no ponía de su parte*" decía que le dolía mucho y no se le veía disposición de trabajar. El accidente ocurrió porque hizo un desplazamiento por una zona que no debía con el arnés suelto. Adujo que no tiene conocimiento si el demandante estaba capacitado para desempeñar trabajo en alturas, tan solo sabe que la empresa contrata gente con experiencia en obras. No precisa el estado de salud del actor, sin embargo, le consta que el demandante no realizaba las tareas asignadas y luego no volvió a presentarse, hecho que conoció por comentarios de otros compañeros que trabajaban en otros lugares los cuales expresaban que el trabajador por fuera de la obra caminaba sin dificultad. Considera que las labores asignadas se regían a las restricciones médicas impuestas. La obra concluyó en diciembre de 2016 porque faltaban pocos detalles. Fue testigo del momento en que el área de recursos humanos le entregó una carta al demandante, la cual se negó a firmar por lo que el declarante dejó constancia escrita de su nombre en el documento. Manifiesta que un compañero del actor le hizo llegar una afiliación a ARL o EPS en la que constaba que BELTRÁN REYES si trabajaba en otras actividades (certificación de fecha 14 de octubre de 2020 y allegada en el momento de recepción del testimonio). Acepta que recibió el anterior documento semanas antes de comparecer al proceso. Reconoció que no tiene conocimiento del trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral que haya iniciado el demandante.

Conforme con la totalidad de las pruebas recaudadas y valoradas en conjunto, en el asunto no se controvierte que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 23 de mayo de 2016, y que éste causó afectaciones en su salud, que en virtud de ello le fueron expedidas incapacidades médicas por una fractura de columna cuya mejoría fue tardía durante su tratamiento, se estableció que el demandante cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 22.30% la que fue determinada por la ARL Positiva el 7 de junio de 2017 (fls. 86 a 89), y que la empresa demostró la plena disposición y atención al diagnóstico médico y evolución del estado de salud del actor, de ello da cuenta la nueva asignación y adecuación de las actividades correspondientes a las recomendaciones laborales, hecho que se evidencia de la manifestación realizada por el demandante en el interrogatorio rendido donde aceptó que al reingresar a sus labores en el mes de noviembre cumplía funciones tales como; barrer, limpiar vidrios, barandas y escaleras. De otra parte se resalta del testimonio de **DANIEL JAVIER BARCELÓ ROJANO** (supervisor de la obra) que al demandante se le asignaron actividades de aseo general y retoques, pero este se

rehusaba a realizarlas. Ahora, en cuanto a las recomendaciones emitidas por la IPS Emmanuel del 11 de noviembre de 2016 (fl.39), entre ellas se destaca: *“realizar desplazamientos cortos, al caminar por terreno irregular de forma pausada, permitir cambios de postura a postura, si está de pie por más de 30 minutos sentarse durante 5 a 10 minutos, no puede realizar levantamiento de cargas ni adoptar posición de cuclillas por espacio de un año en la realización de sus labores”* de lo que concluye la Sala que en el presente caso no existía una condición médica apremiante que limitara al actor en la ejecución de las funciones encomendadas por el empleador, ni mucho menos que las tareas asignadas estuvieran encaminadas a gravar la condición de salud del actor, pues las actividades de barrer, trapear y limpiar estructuras no generaba desplazamientos prolongados, posturas no ergonómicas o la manipulación de cargas no permitidas, del dictamen de fisioterapia se resalta que este no impide en su totalidad el movimiento corporal, por el contrario solo hace referencia a la realización de pausas activas, caminatas cuidadosas por terrenos irregulares y escalones y estiramientos musculares periódicos tendientes a la rehabilitación del actor; de tal modo que si bien el demandante sufrió un accidente de trabajo que lesionó su columna, de las pruebas resaltadas se tiene que el actor para el momento en que se terminó el contrato de trabajo no ostentaba una condición de estabilidad laboral reforzada, para que proceda el reintegro solicitado, en la medida en que en estos casos la afectación de estado de salud debe ser de tal envergadura que le impida de alguna manera al trabajador ejercer una actividad laboral en condiciones normales, circunstancia que no está acreditada. Ahora bien, resulta pertinente recordar que la estabilidad laboral reforzada no es una garantía que deba partir del supuesto de la perpetuidad y permanencia en el empleo, pues la norma precitada no prohíbe el despido del trabajador en estado de discapacidad, lo que sanciona es que se demuestre que la terminación del vínculo laboral obedeció a una conducta discriminatoria del empleador en razón a una limitación física, sensorial o mental que padezca el trabajador, al respecto se rememora la sentencia *CSJ SL 1360 de 2018*, en la que se dispuso:

*“Nótese que allí se dispone que **“ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación”**, lo que contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera. Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo que la ruptura del vínculo laboral está basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector de trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva”*

Determinado lo anterior, la única conclusión a la que puede llegar la Sala no es otra a que la terminación del vínculo laboral obedeció a la culminación de las labores encomendadas al demandante en el contrato de obra suscrito con JCB S.A.S., tal y como se pactó en la cláusula primera² del mismo, pues el testigo **WILSON SALAS**, señaló que el objeto de la contratación se centraba en la ejecución de actividades de obra gris y estructura que al ser finalizadas, se continuaba con el desarrollo de las actividades de obra blanca y acabados por medio de otra contratista junto a su propio personal. En ese orden, se colige que la afección que padecía el actor no fue la causa del finiquito laboral, ni tampoco que se encontrara en estado de debilidad manifiesta o incapacidad, de modo que la terminación del contrato por obra o labor determinada, se considera legítima.

² Primera: EL TRABAJADOR se obliga a prestar sus servicios profesionales a EL EMPLEADOR a partir del diez y nueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016) hasta la culminación de los CONTRATOS DE OBRA A NIVEL NACIONAL SUSCRITOS POR JCB ARQUITECTOS S.A.S. vigentes al (1ro) de enero de dos mil dieciséis (2016) para el desempeño de las funciones de AYUDANTE en contraprestación de lo cual recibirá el salario estipulado en el contrato.

Bajo los anteriores razonamientos, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **revocan** y quedaran a cargo de la parte demandante. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de noviembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se **REVOCAN** y quedaran a cargo de la parte demandante. Sin costas en esta instancia.

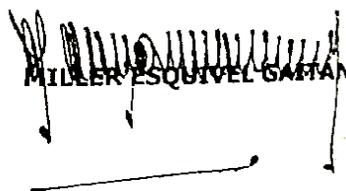
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA SUSANA JIMÉNEZ DE CRUZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00431 01. Juz. 35.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARIA SUSANA JIMÉNEZ DE CRUZ demandó a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 a 5.

- Pensión de sobrevivientes.
- Pago de mesadas pensionales actualizadas a partir del 12 de abril de 2018.
- Intereses moratorios.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 6. Carlos Alfredo Cruz Amaya (Q.E.P.D.) nació el 30 de septiembre de 1954. Colpensiones le reconoció pensión de jubilación a partir del 21 de octubre de 2013, mediante resolución GNR 11085 de fecha 13 de julio de 2017. El señor Cruz Amaya falleció el 11 de abril de 2018 en la ciudad de Bogotá. Se encontraba casado con la señora María Susana Jiménez de Cruz. Fruto de esa unión tuvieron tres hijos; Carlos Alexander Cruz Jiménez, William Efrén Cruz Jiménez y Sandra Patricia Cruz Jiménez. El 30 de abril de 2018 la actora solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de cónyuge. A través de la resolución SUB 164488 del 21 de junio de 2018, Colpensiones negó el

reconocimiento de la pensión solicitada. La causal de la negativa fue porque no se acreditó el contenido y la veracidad de la petición presentada por la demandante.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad, se dispuso la vinculación de la señora Águeda Pacanchique como tercera Ad Excludendum mediante auto de fecha 30 de septiembre de 2020 (archivo digital 09 fls. 1 a 2). corrido el traslado, las partes contestaron:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, dio contestación en los términos del escrito visible a fls. 42 a 54.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del causante, el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, el fallecimiento del señor Carlos Alfredo Cruz Amaya, la negativa de Colpensiones ante la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional y la causal de rechazo de la petición.
- Formulo como excepciones de mérito; inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses 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 genérica.

La señora **ÁGUEDA PACANCHIQUE**, en calidad de tercera excluyente interpuso demanda contra MARIA SUSANA JIMÉNEZ DE CRUZ, visible en el archivo 09 del expediente digital (fls. 1 a 5) para que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

- Reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, a partir del 12 de octubre de 2018.
- Pago del retroactivo por conceptos de mesadas pensionales y adicionales.
- Intereses moratorios.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.

- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda en calidad de tercera excluyente se describen en el expediente digital (archivo 09, fls. 2 a 3). El señor Carlos Alfredo Cruz Amaya falleció el 18 de abril de 2018 por causas de origen común. Con ocasión del fallecimiento, el 26 de junio de 2018 la demandante solicitó ante Colpensiones pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante. Mediante resolución SUB 235096 del 6 de septiembre de 2018, la administradora resolvió negar la solicitud en consideración a que la señora Pacanchique no acreditó los cinco años de convivencia anteriores a la muerte del asegurado. Al señor Cruz Amaya (Q.E.P.D) le fue reconocida pensión de jubilación a partir del 21 de octubre de 2013 mediante resolución GNR 11085 de fecha 16 de enero de 2017. El causante convivió con la convocada, bajo el mismo techo desde el año 2004 hasta mayo de 2015, momento en el cual el señor Carlos Alfredo Cruz Amaya, tuvo graves problemas de alcoholismo, situación que lo llevó a vivir en las calles en estado de embriaguez permanente. Pese a lo anterior la señora Pacanchique lo alimentaba y aseaba cada vez que él se lo permitía. En enero de 2017 la pareja acordó vivir en habitaciones separadas por el problema de alcoholismo del causante y así permanecieron hasta la fecha de su muerte. Al momento del fallecimiento del señor Carlos Cruz, su compañera permanente dependía económicamente de él. La convivencia entre la pareja perduro bajo la comprensión, apoyo y auxilio económico, moral y espiritual.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda interpuesta por la tercera excluyente, visible en el expediente digital archivo 11 (fls. 1 a 18).

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el fallecimiento del señor Carlos Alfredo Cruz Amaya, el rechazo de la solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes y el reconocimiento de la pensión de jubilación.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

Sentencia de primera instancia

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

"PRIMERO- ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones reclamadas en su contra con ocasión del fallecimiento de Carlos Alfredo Cruz Amaya, por parte de María Susana Jiménez de Cruz y Águeda Pacanchique, de acuerdo con las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO- En caso de no ser apelada presente decisión, se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudie en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO- Sin costas en esta instancia"

Llegó a tal conclusión luego de establecer que ni la demandante ni la interviniente ad excludendum demostraron tener derecho a la pensión de sobrevivientes que dejó causada Carlos Alberto Cruz Amaya, ya que con la señora María Susana Jiménez de Cruz en calidad de cónyuge no quedó demostrada la convivencia como tampoco la ayuda mutua en los últimos años de vida de causante, al tener en cuenta las condiciones de su deceso. En relación con la interviniente estableció que la convivencia en calidad de compañeros permanentes se dio desde el año 2012 hasta el año 2016, por lo que no acreditó el tiempo que señala la norma para acceder a dicha prestación, aunado a que tampoco auxilió al causante en los últimos años anteriores al fallecimiento, así como en el manejo del alcoholismo que las partes y testigos aducen padecía el señor Cruz Amaya.

Recurso de apelación

El apoderado de la interviniente Ad Excludendum Agueda Pacanchique, considera que con la declaración rendida por las señoras María Elena Quito y Leydi Johanna Patiño Carrillo queda acreditada la convivencia de manera permanente, así como la ayuda mutua y el socorro con el señor Carlos Alfredo cruz por más de cinco años. Aduce que el día del fallecimiento estuvo visitándolo y dos días después le avisaron del lamentable suceso. Siempre estuvo pendiente de las necesidades del causante en esa difícil etapa. La razón de la separación fue la agresividad que él (causante) presentaba cuando estaba bajo el efecto del alcohol.

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

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada: En el presente caso Águeda Pacanchiche no acredito que estuvo haciendo vida marital con el causante Carlos Alfredo Cruz Amaya por lo menos cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, es decir del 11 de abril de 2018 al 11 de abril de 2013, pues en el interrogatorio de parte que se llevó a cabo en la audiencia del 20 de mayo de 2021, menciono que se separó del causante en el año 2016, información que concuerda con las declaraciones de los testigos María Helena Quito Corredor y Leidy Johana Patiño Carrillo. Por lo anteriormente señalado, con las pruebas documentales, las declaraciones de las partes y los testigos, queda claro que ni la señora María Susana y Águeda Pacanchique, cumplieron con los requisitos para reclamar la sustitución pensional, pues el causante falleció abonando y en estado de indigencia.

CONSIDERACIONES

Grado jurisdiccional de consulta

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante María Susana Jiménez de Cruz por haber sido las resultas totalmente desfavorables a sus pretensiones.

En consecuencia, esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". El cual se limita a establecer si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge, a la compañera permanente, o a las dos de manera proporcional.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la resolución SUB 164488 de 21 de junio de 2018 (pg. 21 a 24 archivo digital 01- 2019-431), mediante la cual se atendió la petición de fecha 30 de abril de 2018, donde solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Pensión de Sobrevivientes

No es tema de controversia que al señor CARLOS ALFREDO CRUZ AMAYA en vida le fue reconocida pensión de vejez por Colpensiones mediante resolución SUB 124409 del 13 de julio de 2017 pensión de vejez bajo los preceptos del Acuerdo 049/1990, en cuantía inicial de \$764.293 a partir del 21 de octubre de 2013, como se desprende de la resolución SUB 164488 de 21 de junio de 2018 (pg. 21 a 24 archivo digital 01-2019-431).

Debe la Sala precisar que por la fecha del fallecimiento del causante (11/04/2018), las normas que gobernaban la sustitución pensional eran las contenidas en el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003¹, norma que en su artículo 47 consagra que requisitos debe acreditar quien pretenda sustituir al pensionado fallecido². La cónyuge y/o compañera permanente deberá acreditar que; *"estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte"* y en caso de que el causante haya convivido primero con la cónyuge y luego con una compañera permanente, manteniendo vigente la unión conyugal y con separación de hecho con la cónyuge, la pensión podrá dividirse entre estas en proporción al tiempo de convivencia.

¹ **"ARTÍCULO 46. Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:
1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,"

² **ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

(...)

Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;'

En el presente caso, María Susana Jiménez de Cruz en calidad de cónyuge solicita el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su favor; por su parte Águeda Pacanchique en calidad de compañera permanente del causante, considera tener derecho a esta prestación. A fin de establecer el cumplimiento de los requisitos por parte de las petentes se pasa a analizar en conjunto las declaraciones recibidas.

La demandante **María Susana Jiménez de Cruz** dijo ser ama de casa. Convivio con el causante desde el año 1974 hasta la fecha de su fallecimiento, fueron 43 años. El causante en el año 2006 por cuestión de trabajo se fue para Bogotá. Iba más o menos cada 15 días a ver de ella y sus hijos. Nunca tuvieron una separación. La declarante no iba a Bogotá, pero sus hijos si lo visitaban. El causante trabajaba de jardinero y albañil. Asistió a su funeral. Le dio un paro y murió solito en la casa donde vivía. No recuerda bien de su fallecimiento solo que su hermano llamo a contarle que lo habían encontrado muerto en la pieza donde vivía. Los gastos fúnebres fueron cubiertos por los hijos que tienen en común. Los gastos personales eran pagados por ella misma, porque trabajaba. Desde el fallecimiento del señor cruz económicamente la ayuda la hija con quien vive. El señor Cruz Amaya no tenía otra mujer.

La testigo **Francy Brigitte Castillo Jiménez** dijo ser nuera de la señora Susana. Conoció al señor Cruz hace 27 años. En el 2006 se fue a vivir a Bogotá. Tuvieron tres hijos; Carlos Alexander, William y Sandra Patricia Cruz Jiménez, que es la hija menor que tiene hoy en día 37 años de edad. Cuando la pareja se separó la señora Susana trabajaba en un invernadero recogiendo flores, y hoy en día esta pensionada. No tiene conocimiento si hizo vida marital el señor cruz con otra pareja. La declarante iba con su esposo a visitar al señor Cruz Amaya Afirma. Tuvo conocimiento que el señor cruz había fallecido y lo habían encontrado en la habitación donde vivía. La demandante y el causante estuvieron juntos desde que se casaron hasta la fecha de su fallecimiento. El señor Carlos Alfredo se fue a vivir a Bogotá porque se le dio una mejor oportunidad laboral en el año 2006. Frecuentaba a la señora María Susana cada ocho o quince días. El señor cruz Amaya en Bogotá trabajaba en oficios varios. Quien corrió con los gastos fúnebre fue el cuñado William Cruz Amaya. Se quedaba en Faca el fin de semana, más o menos dos o tres días. Nunca tuvo conocimiento que ellos se hayan separado. El señor cruz le ayudaba económicamente y una hija de la señora Susana.

La testigo **Ludy Paola Ramirez Muñoz** dijo que conoce a la familia Cruz Amaya desde 2004. Es amiga de la hija de la señora Susana. Frecuentaba mucho la casa de la familia Cruz por su amistad con Sandra Patricia Cruz. Fue compañera de estudios de Sandra Patricia. El causante se fue de la casa en el año 2006. Cuando iba de visita lo veía siempre los fines de semana. No sabe si la señora Susana esta pensionada. Supo de la muerte del señor Cruz en el año 2018. Cuando llegó a Facatativá vivió con la familia Cruz Amaya. Luego supo que el señor Cruz Amaya se fue de la casa en el año 2006. Tiene entendido que el señor Cruz se fue a Bogotá por motivos laborales. Estuvo en el funeral y allí asistieron los hijos, la señora Susana, los nietos y toda la familia. Sabía que el aportaba para el sostenimiento económico de la casa hasta el día que se fue a Bogotá a trabajar.

La demandante Ad Excludendum **Águeda Pacanchique**, dijo que es ama de casa. No goza de ninguna pensión. Conoció al señor Carlos Alfredo Cruz Amaya en el año 2000 porque llegaron a vivir en la misma cuadra y en el mismo barrio. Al principio eran amigos porque ella era viuda y estaba viendo de sus hijos. Luego empezaron a vivir cuando sus hijos se graduaron de sus estudios en el año 2004. Convivieron en el barrio el rincón a partir del año 2004 hasta 2016. Carlos empezó con la adicción al alcohol, y dejaron de convivir porque ella no se aguantaba esa situación. Se veían entre semana y se la pasaban juntos. Lo llevaba donde sus hijos a almorzar y lo ayudaba con el aseo personal porque a él ya no le gustaba. El causante salía a la calle, no llegaba y le tocaba ir con sus hijos a buscarlo. Lo llevaban a la casa, bañaban y afeitaban pero volvía a la calle. Llegaron al acuerdo que él se iba a vivir en una pieza, y ella iba lo visitaba, lo bañaba y le daba de comer. En el año 2018 le habían dicho que el señor Carlos Alberto estaba muy enfermo. El falleció y duro tres días en su cuarto. Sabía que el señor Cruz era casado porque el mismo le comento que venía de Faca y allá tenía su esposa y sus hijos. La convivencia se extendió por 20 años. La señora Griselda es la dueña del lugar donde Carlos vivía y falleció. Lo conoció en el barrio cerca a los naranjos, y en el barrio el rincón vivieron durante el tiempo que estaban juntos. Conoció a los hijos del señor Cruz, tenían un bar en Faca y ese día la presento como su mujer. Asistió a las honras fúnebres del señor Cruz. Ese día solo habló con el hermano Roberto Cruz.

La testigo **María Elena Quito Corredor** dijo que la señora Pacanchique vive en su casa en el segundo piso en una habitación que le tiene arrendado hace 8 años. Conoció al señor Carlos Cruz, vivió un tiempo con ella y después venia los fines de

semana, también venían los hijos de la señora Águeda. El señor Carlos Alberto falleció hace tres años en la habitación donde estaba arrendado. No asistió al velorio porque estaba mal de salud. Supo que el señor Carlos murió porque señora Águeda le comento este suceso. El señor Cruz era alcohólico y no sabe si termino en indigencia. La señora Águeda le lavaba la ropa, le llevaba comida y seguía viendo de sus necesidades básicas. La relación que sostenían era de pareja porque él se quedaba en las noches. No le cobraba adicional la señora Águeda dijo que era para los dos el cuarto. Conoció a la señora Pacanchiche y el señor Cruz hace 22 años. En la semana lo veía con una frecuencia de 5 días a la semana. En el 2010 ellos llegaron juntos a arrendar la habitación.

La testigo **Leydi Johanna Patiño Carillo** dijo que es la nuera de la señora Pacanchiqua. Lleva casada ocho años y desde ese tiempo conoció a la señora Águeda con don Carlos, convivían juntos. La pareja convivio desde el año 2012 al año 2016. Después de un tiempo se separaron, pero seguían juntos. En el 2016 que la señora Aguda decidió que no quería convivir más con él, porque le gustaba salir a tomar a las 5 de la mañana y vivían en estado de embriaguez. Inclusive una vez el señor Carlos tuvo un accidente por su estado de alcoholismo y les toco ir a la clínica. El señor cruz vivía en el barrio rincón. Se enteró que lo habían encontrado muerto en la habitación donde vivía. La señora Águeda le ayudo a adelantar los tramites de la pensión.

Valoración conjunta de las pruebas

En relación con la demandante, para la Sala, no se controvierte que contrajo matrimonio con el causante el día 25 de diciembre de 1974 (pg. 15 archivo 01- 2019-431) vínculo que según lo afirmado en la demanda y según se desprende del registro civil de matrimonio, para el momento del fallecimiento se encontraba vigente. Por ello se deberá establecer la convivencia de 5 años en cualquier época.

De las pruebas se concluye que la pareja Cruz Jiménez en virtud del vínculo matrimonial convivio entre los años 1974 hasta 2006, de esta convivencia se procrearon tres hijos de nombre Carlos Alexander, William y Sandra Patricia Cruz Jiménez. Por razones laborales del señor Carlos se separaron de hecho en el año 2006. Los testigos en lo relacionado con esta convivencia fueron contestes y coincidentes. Sin embargo, en los hechos posteriores a la separación las declaraciones no son

coincidentes y para esta Sala difieren de la realidad, pues se encuentran las versiones de la convivencia con la señora Pacanchique, que sobra decir es físicamente imposible que de manera simultánea se encuentre en la ciudad de Bogotá y en Facatativá, aunado al estado de embriaguez que aducen partes y declarantes en el cual se encontraba el señor Cruz en sus últimos años de vida.

En relación con la compañera permanente Águeda Pacanchique, pretendió acreditar una convivencia por 20 años, sin embargo, señala que esta se extendió del año 2004 al año 2016, que corresponde a solo a 12 años. No existe contradicción en cuanto a la fecha final de la convivencia en el año 2016, por razones del alcoholismo del señor Carlos. No obstante, las testigos llamados por este extremo, no dieron cuenta de esta afirmación. La testigo **María Elena Quito Corredor** dijo que la señora Pacanchique vive en su casa en el segundo piso en una habitación que le tiene arrendado hace 8 años, por lo que al tener en cuenta la fecha de la declaración (20 de mayo de 2021) quiere decir que llegó la pareja en arrendamiento aproximadamente en el año 2013, lo que contradice su dicho que la pareja en el año 2010 llegó a arrendar la habitación. Situación similar ocurre con la testigo **Leydi Johanna Patiño Carillo**, quien afirmó que la pareja convivió desde el año 2012 al año 2016. Lo que lleva a concluir que en el mejor de los escenarios la unión se dio entre los años 2012 al año 2016.

Para La Sala después de esta anualidad no es posible establecer la convivencia entre el señor Carlos Alfredo con la señora Agueda, pues las lamentables condiciones en que se dio su fallecimiento deja ver que NO existía un vínculo afectivo ni contaba con el auxilio y ayuda permanente de persona alguna, de tal suerte que hubiera sido advertido su deceso. Lo anterior bajo los preceptos de convivencia definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, que en la sentencia SL 2653-2021, que adoctrino:

"En relación con el significado de convivencia que ha desarrollado la Corte en su jurisprudencia, esta no desconoce las acepciones y conceptos señalados por la recurrente, inclusive, con esta nueva postura, se hace énfasis en que la asistencia, la real comunidad de vida, el acompañamiento, la vida en común y el auxilio mutuo son esenciales en este tipo de análisis.

La jurisprudencia de la Corporación ya ha tenido la oportunidad de revisar el tema (CSJ SL1399-2018), y determinar que:

- i) la Corte ha entendido por convivencia que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de*

- una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL1399-2018, entre muchas otras).*
- ii) Se excluye de este concepto "los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.» (CSJ SL1399-2018)*
 - iii) La convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio (CSJ SL1399-2018).*
 - iv) Así mismo, es un concepto que se predica tanto del afiliado como del pensionado por el cual no existe un principio de razón suficiente para establecer diferencias fundadas exclusivamente en una u otra calidad. Además, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho, en la forma descrita a continuación. CSJ SL1399-2018).*

En conclusión, el análisis de convivencia implica el estudio no solo desde el punto de vista objetivo verificar la unión material y efectiva, sino que, además, el juez debe analizar las circunstancias y particularidades de cada caso concreto, atendiendo a los criterios en los cuales se observe los vínculos de apoyo y solidaridad, la comunidad de vida, la asistencia económica y el ánimo serio y permanente de conformar una familia."

Así las cosas, quedo demostrado que María Susana Jiménez de Cruz y Carlos Alfredo Cruz Amaya convivieron como pareja y conformaron una familia estable por más de 32 años (entre los años 1974 y 2006), lo cual le otorga el derecho a obtener la pensión de sobrevivientes, en proporción del 100%, dado que no se acreditó otra persona con mejor derecho, como quiera que la compañera permanente Águeda Pacanchique, no acreditó la convivencia por el termino mínimo de cinco años.

Es de anotar que la testigo Francly Brigitte Castillo Jiménez dijo que la demandante cuenta con una pensión, situación que es compatible con la pensión de sobrevivientes que aquí se discute. En tal sentido se pronuncio la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia en la sentencia con radicado 7595 de 2011 MP Luis Gabriel Miranda.

Al punto valga recordar que esa Corporación recientemente ha considerado, que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no soslayó la posibilidad de que el cónyuge supérstite separado de hecho adquiriera el derecho a sustituir su pensión, exigiendo que la convivencia se haya llevado por más de cinco años, sin importar la época en que se

presentó. Así lo adocrino en sentencias como la fechada el 29 de noviembre de 2011 con radicación No. 40055 cuyo ponente fue el Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza³, reiterado en la la SL11027-2014 de 12 de agosto de 2014 con radicación No. 48729 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo⁴ y la SL7299-2014 del 10 de junio de 2015 con radicación No. 63046 cuyo ponente fue el Dr. Rigoberto Echeverri Bueno⁵.

Contrario a lo dicho por el A quo, la convivencia, ayuda o socorro de la pareja en el caso de la cónyuge separada de hecho, no es un requisito que deba ser demostrado

³ "(...) la conclusión que se obtiene de la expresión <La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...>, porque esa referencia no deja lugar a dudas de que el cónyuge que conserva con vigor jurídico el lazo matrimonial tendrá derecho a una cuota parte de la prestación. De tal modo, en caso de que, luego de la separación de hecho de su cónyuge, el causante establezca una nueva relación de convivencia, en caso de su fallecimiento el disfrute del derecho a la pensión deberá ser compartido entre el cónyuge separado de hecho y el compañero o compañera permanente que tenga esa condición para la fecha del fallecimiento, en proporción al tiempo de convivencia.

Con el fin de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, considera la Corte que, desde luego, la referencia que en aquella se hace a la cónyuge, también debe entenderse efectuada respecto del cónyuge, pues, de no entenderse así la disposición, se establecería una discriminación por razón de género que, en la actualidad no tendría justificación, en tanto que, claramente, sería violatoria del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Es indudable que el precepto en cuestión establece como condición que la convivencia «haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante»; pero un análisis de esa disposición legal, en su contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, mas no del cónyuge porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquéllos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: "...la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante".

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien "mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho", se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges.

Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social"

⁴"Interpretación ésta que fue ampliada, en decisiones CSJ SL 24 ene. 2012, rad. 41637 y CSJ SL, 13 de mar. 2012, rad. 45038, en el sentido que lo dispuesto en la L. 797/2003, art. 13, lit. b, inc. 3º el inciso 3º y la postura de otorgarle una cuota parte o la pensión a «quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época», se debe aplicar también en los casos en que no exista compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, toda vez que «si el derecho incorporado en ese literal, otorgaba esa prerrogativa a la (el) cónyuge cuando mediaba una (un) compañera (o) permanente, no podía existir argumento en contra, ni proporcionalidad alguna, que se le restara cuando aquella no se hallaba, pues entonces la finalidad de la norma no se cumplía, es decir, no se proveía la protección al matrimonio que el legislador incorporó, haciendo la salvedad, de que la convivencia en el matrimonio, independientemente del periodo en que aconteció, no podía ser inferior a 5 años, según lo dispuesto en la preceptiva», con lo cual el contenido de la citada norma, armoniza con los criterios de equidad y justicia, lo que implica un estudio en particular para cada asunto que se someta a escrutinio.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que el Juez Colegiado al aplicar el precepto legal de marras, sostuvo que a la demandante, también le asiste derecho a percibir una cuota de la pensión de sobrevivientes, en virtud de haber convivido con el causante 26 años y haber mantenido vigente su vínculo matrimonial.

Dicha conclusión se encuentra plenamente acorde con los criterios expuestos en precedencia, razón por la cual, el Tribunal no interpretó de manera errónea la normativa acusada por el censor, al concederle a la cónyuge accionante la cuota parte de la pensión de sobrevivencia en un porcentaje proporcional al tiempo convivido, que dicho sea de paso, no fue materia de controversia en sede extraordinaria"

⁵ "En atención a que el Tribunal consideró, conforme a la anterior jurisprudencia, que la demandante no tenía que acreditar que había convivido con el causante durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, sino que debía acreditar la convivencia durante al menos 5 años en cualquier época para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, aunque no existiera compañera permanente, en ninguna equivocación incurrió"

para el momento de la muerte del causante, pues esto constituiría un requisito adicional al previsto en la norma, en tal sentido adoctrino la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como se puede ver en la sentencia SL 4321-2021⁶. Lo que llevara a REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En consecuencia, se ordenará

⁶ Sin embargo, frente al condicionamiento adicional objeto de debate, exigido por el Tribunal, denominado «auxilio o socorro y ayuda mutua», desde la sentencia CSJ SL5169-2019, reiterada recientemente en la CSJ SL1707-2021, CSJ SL2015-2021 y CSJ SL2464-2021, la Sala adoctrino lo siguiente:

Sobre el particular, es preciso señalar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece:

[...]

*Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, **configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b)**. Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.*

Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).

Justamente, esa es la teleología y alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se reitera, no dejar desamparado(a) al(la) cónyuge supérstite separado(a) de hecho que mantiene el vínculo marital vigente, quien en su momento aportó a la construcción del derecho pensional del causante; pero, además, su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos.

En efecto, no es ajeno al conocimiento colectivo que la decisión de separarse de hecho del cónyuge, comúnmente proviene de problemas estructurales que aquejan la relación de pareja, que, debido al impacto emocional que aquellos generan en los consortes, terminan por convertirse en causas de distanciamiento.

Cada una de esas situaciones, por supuesto, no pueden ser previstas por el legislador; y es precisamente, en ese contexto, en el que el juez entra a jugar su rol de intérprete de la norma a efectos de zanjar la necesidad de que el ordenamiento jurídico cubra esos escenarios. Así lo reconoció, por ejemplo, esta Corporación en un reciente pronunciamiento en el que explicó que la convivencia no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de la pareja y, en dicho caso, otorgó la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite del causante pese a no convivir con él, ni mantener lazos de afecto, pues determinó que la renuncia a la cohabitación estaba justificada por los malos tratos a que era sometida y obedecía al ejercicio legítimo de protección de sus derechos a la vida e integridad personal (CSJ SL2010-2019).

Por ello, es totalmente desafortunado entender que el derecho no ampare a la cónyuge separada de hecho que concluyó su relación de convivencia de tal forma, que no tiene en su perspectiva continuar manteniendo lazos de afecto con su esposo.

De hecho, aun cuando el artículo 176 del Código Civil establece obligaciones a los cónyuges, entre aquellas no están las de mantener los «lazos afectivos», la «comunicación solidaria» y los «lazos familiares» hasta el momento del fallecimiento de uno de ellos.

Precisamente, la no existencia de lazos de afecto frente a una persona con la que convivió, pero que por alguna circunstancia ya no forma parte de su vida, no puede convertirse en una causal para negar un derecho, máxime cuando la ley a cuya interpretación se apela para tal desconocimiento, no contempla ese requisito. Incluso si estableciera como exigencia tal paradigma decimonónico, que sería absolutamente contrario a los principios de igualdad y de equidad de género que establece nuestro ordenamiento constitucional, se haría más imperiosa la necesidad de su adecuación judicial a través de la interpretación para ampliar las categorías de protección a aquellas situaciones que no contempla la norma.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes», luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Por tanto, el ad quem incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples fallos, entre otras, en las sentencias CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019.

el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a favor de la señora **María Susana Jiménez de Cruz** a partir del **11 de abril de 2018**, en las mismas condiciones que la venía disfrutando el señor Carlos Alfredo Cruz Amaya (Q.E.P.D.).

Intereses moratorios

Respecto a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100/93, encuentra la Sala que ante la mora en el pago de las mesadas pensionales, se impone su pago. No obstante, como fue por esta vía y en aplicación al criterio jurisprudencial sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se ordena el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, La Sala advierte que en este momento no encuentra probada mora alguna imputable a COLPENSIONES en cuanto al reconocimiento y pago de la prestación, por lo que no hay lugar a imponer condena por este concepto.

Excepción de prescripción

Frente a la excepción de prescripción concluye la Sala de manera diáfana que la exigibilidad de la pensión se produjo el 11 de abril de 2018 (pg. 14 archivo digital 01- 2019-431) fecha del fallecimiento de Cruz Amaya. Y como quiera que solicitó ante la administradora el 30 de abril de 2018 (pg. 21 a 24 archivo digital 01- 2019-431) y la demanda se presentó el 18 de junio de 2019 (pg. 31 archivo digital 01- 2019-431), es claro que no transcurrió el termino trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S.

Por los anteriores razonamientos se **REVOCARÁ** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se revocan y se imponen a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Las de alzada quedan a cargo de la de la señora Águeda Pacanchique como tercera Ad Excludendum. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de marzo de 2021, para en su lugar **CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** al reconocimiento y pago a favor de la señora **María Susana Jiménez de Cruz** de la pensión de sobrevivientes, por muerte de su cónyuge Carlos Alfredo Cruz Amaya (Q.E.P.D.) a partir del 11 de abril de 2018, la cual se deberá reconocer en un monto equivalente al 100%, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

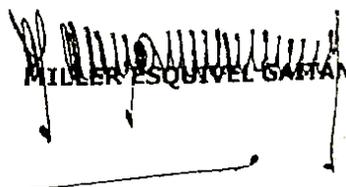
SEGUNDO. – ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO. – COSTAS: Las de primera se revocan y se imponen a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Las de alzada quedan a cargo de la de la señora Águeda Pacanchique como tercera Ad Excludendum. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAÑÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RITA MARIA MOYANO CORRALES
contra UNIDAD RESIDENCIAL NIZA IX – 3. Rad. 2019 – 00498 01. Juz. 39.**

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

SENTENCIA

RITA MARÍA MOYANO CORRALES demandó a la **UNIDAD RESIDENCIAL NIZA IX – 3** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de fls 31 a 32.

- Contrato de trabajo desde el 18 de julio al 24 de septiembre de 2018.
- Vacaciones
- Cesantías
- Intereses a las cesantías
- Intereses doblados a título de indemnización descritos en la Ley 52 de 1975
- Prima de servicios
- Pago de aportes al sistema de seguridad social y parafiscales.
- indemnización moratoria del artículo 65 CST
- Indemnización por terminación unilateral sin justa causa
- Indexación
- Uso de las facultades Ultra y Extra petita
- Costas y agencias del proceso

Los hechos de la demanda se describen a fls 32 a 34. La demandante ingresó el 18 de julio de 2018 a trabajar a la UNIDAD RESIDENCIAL NIZA IX – 3 PROPIEDAD HORIZONTAL, luego de superar un proceso de selección con una empresa externa,

y laboró hasta el 24 de septiembre de ese año, pese a que su labor fue contratada hasta el 31 de marzo de 2019, el cargo a desempeñar era de Administradora bajo las instrucciones del empleador, su jefe inmediato fue Carlos Eduardo Martínez Vargas, y los jefes indirectos fueron los miembros del consejo; el salario ascendió a la suma de \$3.500.000 y cumplía un horario de lunes a miércoles de 6am a 1pm, jueves y viernes de 1pm a 8pm, y dos sábados al mes de 8am a 12pm, siendo esta actividad su única fuente de ingreso. Manifestó que los instrumentos de trabajo eran suministrados por la demandada y que le fue terminada su relación laboral el 23 de septiembre de 2018 por 6 supuestos incumplimientos, ese mismo día se hizo entrega de la oficina (lugar de trabajo) por lo que no tuvo oportunidad de rendir descargos a las acusaciones, sin embargo, posteriormente presentó escrito de descargos. Presentaba informes mensuales al presidente del consejo sobre las labores realizadas. En la asamblea general de copropietarios del 2 de septiembre de 2017 allegó sus respectivos informes sin que nada se dijera de causal alguna para terminar su contrato, tampoco tuvo llamados de atención durante el vínculo laboral y cumplió con todas sus obligaciones. Con relación a los informes financieros dice que la presentación de estos dependía de la gestión de la contadora. Por último, expone que 12 meses después, el presidente del consejo le presentó un contrato de prestación de servicios sin explicación alguna, cuando lo que se pacto fue un contrato de trabajo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad (fl 44) y corrido el traslado, a la Unidad Residencial Niza Ix – 3, ella contestó en los términos del escrito visible de folio. 53 a 62.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados a los extremos del vínculo, la fecha de entrega de su puesto de trabajo, la falta de oportunidad para rendir descargos y quienes fungieron como jefes.
- Formuló como excepciones de mérito de: Mala fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, e incumplimiento contractual como causal de la terminación del contrato.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la existencia de una relación laboral a término indefinido

entre las partes, desde el 18 de julio hasta el 23 de septiembre de 2018, y condenó el pago de las siguientes sumas y conceptos.

1. Cesantías por \$641.667.
2. Intereses a las cesantías \$14.117.
3. Prima de servicios \$641.667
4. Vacaciones \$320.833 indexadas a la fecha del pago conforme al IPC
5. Sanción moratoria por \$83.999.520, debiendo pagar intereses moratorios desde el 24 de septiembre de 2020 hasta que se verifique su pago.
6. Indemnización por despido injusto \$3.500.000 y
7. Costas por \$2.550.000 como agencias en derecho.

Llegó a esa determinación al advertir que pese a que el vínculo entre las partes fue denominado como de prestación de servicios, en el asunto se configuraron los elementos del contrato de trabajo bajo la aplicación del principio de la primacía de la realidad, no fue objeto de controversia la prestación personal del servicio y quedó demostrado que la actora estuvo bajo una subordinación, la que se constató con la exigencia de un horario de 7 horas que era supervisado, (pues sus entradas y salidas eran monitoreadas), situación que desnaturaliza el contrato de prestación de servicios, y ello generó una dependencia de la demandante para con sus jefes, máxime, si se tenía en cuenta lo expuesto en acta del 20 de septiembre de 2018, en la que se hizo énfasis en el incumplimiento del horario de la administradora, donde se especificó el control de las salidas de la actora a desayunar, almorzar, llegadas tardes y retiradas temprano, en general las ausencias en el puesto de trabajo.

Adujo que la relación laboral inicio el 18 de julio de 2018, fecha en la que la demandante asumió la responsabilidad de la administración, donde desarrolló funciones fuera del contrato de prestación de servicios, (como, por ejemplo, recibir la administración anterior en virtud de un proceso de empalme, y rendir los respectivos informes). Para hacer la liquidación de las prestaciones tomó el salario de \$3.500.000, y procedió al cálculo de 66 días para determinar cada acreencia. Condenó el pago de aportes a seguridad social en pensiones desde el 18 de julio de 2018 hasta el 23 de septiembre de ese año, y absolvió de los aportes a salud y riesgos laborales dado que ellos cubren contingencias dentro de la vigencia de la relación de trabajo que ya finalizó, suerte que también corren los aportes a la caja de compensación familiar, SENA e ICBF. Condeno la sanción moratoria al no encontrar justificación en la mora para el pago de las acreencias a la terminación del contrato y actuar bajo el entendido de estarse ante otro tipo de vínculo no era excusa para sustraerse de los pagos a cargo. Absolvió de los intereses a las cesantías porque a la terminación del contrato no existía la obligación de consignarlas.

Consideró que la desvinculación lo fue sin justa causa, y se apoyó en ello en la carta de terminación de contrato.

Recurso de apelación

Parte Demandada: presentó recurso de apelación en razón a que, aunque nombraron a la demandante como administradora el 18 de julio del 2018 luego de un proceso de selección ella no inició sus funciones en esa fecha. Así mismo indicó que no se dio el elemento de subordinación en este caso porque no se le hizo un control o vigilancia a la trabajadora, sino que se actuó conforme a las quejas presentadas por los residentes, y se debe tener en cuenta que la propiedad horizontal funge en función a lo que requieren estos residentes. Considera que no se desbordó el límite del poder subordinante ya que la trabajadora fue quien propuso su cronograma de actividades y ella tuvo conocimiento de esto desde el proceso de selección, por lo que el actuar se desplegó dentro del marco de la propiedad horizontal y de los estatutos que la regulan. Insiste en que no se ejerció un control, y reconoce que, si bien se hizo un mal uso de las palabras, en el caso lo que se hizo fue verificar las quejas de los residentes por el incumplimiento de las funciones de la demandante. Por último, manifiesta que las sumas condenadas son exorbitantes y la unidad residencial no tiene capacidad económica suficiente para el pago de estas.

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

Parte demandante: Solicita se confirme el fallo dictado porque se demostró en el proceso la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del proceso y los extremos de la relación laboral, esto conforme a que se presentaba la subordinación al tener la actora que cumplir horarios y ser supervisada y auditada en sus funciones por parte de los contratantes. Así mismo indica que se observa la mala fe de la demandada por no haber cancelado las acreencias laborales a la trabajadora de forma completa al finalizar el vínculo contractual, por lo tanto, son procedentes las condenas dictadas de forma indexada.

Parte demandada: Pide se revoque la decisión proferida ya que se probó en el proceso que la demandante prestó sus servicios de manera personal pero no estaba sometida a la subordinación por lo que se está en este caso ante una relación contractual de prestación de servicios, dice que la demandante podía prestar sus servicios ante otros conjuntos y que ejecutaba independientemente las obligaciones su cargo de administradora según la ley 675 de 2001. Manifiesta también que actuaron siempre de buena fe

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con el recurso de alzada procede La Sala a establecer sí entre las partes se acreditó la existencia de un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad, o si por el contrato el vínculo que los ató obedece a un contrato de prestación de servicios.

Para resolver el problema jurídico del proceso se debe observar el Código Sustantivo del Trabajo, el cual define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *"aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*. El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir, la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem, el cual determina que *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*, lo que consagra una ventaja probatoria a favor del demandante, en virtud de la cual, una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al posible empleador, a quien le corresponde desvirtuar la mencionada presunción, demostrando que no se configuró el contrato de trabajo en tanto que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, probar la autonomía del servicio prestado.

En el asunto no se discute que la demandante fungió como administradora de la Unidad Residencial Niza IX – 3 propiedad horizontal, sus extremos y la remuneración pactada, por lo que ni para las partes ni para este juez plural existe duda de la prestación personal del servicio de la demandante en favor del conjunto demandado, quien ejerció las labores de administradora en los términos del artículo 51 de la Ley 675 de 2001, por lo que de conformidad con el artículo 24 del C.S.T. debió demostrar la parte demandada que aquellas funciones de la demandante las realizó de manera independiente y libre de subordinación, para así desvirtuar la presunción que pesa en su contra. Pues bien, a folios 15 a 25 milita contrato suscrito entre las partes,

cuyo objeto se limita a cumplir con las funciones establecidas en la Ley 675 de 2001, además se estipula la posibilidad del contratista de desarrollar sus actividades de manera independiente conforme lo establecido en la oferta realizada por ésta a la hora de la contratación, el que consiste en siete horas diarias presenciales para atender a los residentes y demás gestiones administrativas, término que se establecería de común acuerdo con el consejo y que sería dado a conocer a los propietarios y residentes; de lo que se advierte que las partes contrataron la prestación de servicios profesionales, para ejercer la labor de administradora de la copropiedad con una persona natural y que tales servicios los realizaría de manera independiente.

En cuanto al horario, punto neurálgico de la sentencia y sobre el cual la juez llegó al convencimiento de la existencia de un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, como quiera resultaba inadmisibles hacer un seguimiento al horario de la actora, (en cual se estableció de lunes a miércoles de 6am a 1pm, jueves, viernes de 1pm a 8pm, y dos sábados al mes de 8am a 12pm, para cumplir en esos momentos con las necesidades de la copropiedad propios de la actividad contratada), advierte La Sala que tal requerimiento de ninguna manera se puede confundir con el elemento de la subordinación, pues éste no corresponde siquiera a una jornada mínima de trabajo semanal e incumbe apenas a una exigencia frente al cumplimiento de las labores contratadas, ya que no puede un administrador de una copropiedad realizar esa labor sin inmiscuirse en las problemáticas de la comunidad que representa, por lo que es apenas lógico que debe tener unos horarios para atenderlos, pues de no ser así, los copropietarios de una unidad residencial difícilmente podrían ubicar con certeza al administrador del conjunto encargo de solucionar los diferentes asuntos encomendados.

En el asunto la actora en **su interrogatorio de parte**, precisó que trabajaba 7 horas diarias desde el 18 de julio de 2018 (cuando inició sus labores), horario que le fue impuesto en el contrato realizado por la demandada, desplegó sus labores conforme las ordenes que le impartía su jefe Carlos, como recibir el cargo del anterior administrador (proceso de empalme), él le indicaba las funciones que debía desempeñar, como convocatorias a realizar, dar información al consejo, y que estas instrucciones se impartían de manera verbal o por WhatsApp.

La **testigo Ana Cecilia Escorcía**, (representante legal de la demandada desde el año 2019), dijo que antes el representante legal era Carlos Martínez (administrador de la copropiedad), dijo que a la demandante no se le hacía seguimiento alguno que el control era respecto a la gestión encomendada, ella recibía quejas realizadas por

las personas que vivían en el conjunto y decían que la administradora casi nunca estaba presente, no le pasaron ningún requerimiento respecto al cumplimiento de los horarios, precisó que los contratos a suscribir por la administradora debían estar autorizados por el consejo, a la demandante no se le exigió justificar sus inasistencias al trabajo pese a que ella se comprometió a cumplir un horario que propuso, por lo que al no cumplirse con lo pactado se decidió terminar su vínculo. Indicó que no sabía si antes del 1 de agosto de 2018 la administradora ya había iniciado sus funciones.

Nelson Ortiz Ovalle (revisor fiscal de la propiedad desde hace 3 años), hizo referencia al proceso de selección de la demandante para el cargo de administradora, la que fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios, ella fue quien envió la minuta y tenía cláusulas propias, no se le exigió ningún horario ni los elementos del contrato de trabajo, dijo que la demandante no se presentaba a su lugar de trabajo pese a que fue ella la que propuso su horario para el desarrollo de las funciones como administradora, indicó que la actora contó con liberalidad para escoger en qué momento iba a hacer sus actividades. Él la visitaba periódicamente y pocas veces la vio trabajando 7 horas, sabe que no le podían exigir nada. En cuanto al acta en la que se dio por terminado el contrato de la demandante, adujo en cuanto a los argumentos relacionados con el horario, que éste obedeció a quejas presentadas en su contra por la no realización de sus labores, no vio nunca ninguna justificación de ausencia de la actora por no asistir a su trabajo o para pedir permiso. Vio a la trabajadora en ejercicio de sus funciones del 18 de julio al 1 de agosto, la demandante sabía de las reclamaciones que le hacían, ya que ella tenía acceso al correo o sino la secretaria se las comunicaba, la demandada manifestaba a la asistente en que horario iba a estar, sin embargo ella no cumplía algunas citas, precisa que al llegar a la propiedad era abordado por los residentes para informarle de la situación.

Carlos Eduardo Martínez Vargas (presidente del consejo de administración de la época en que laboró la accionante), explicó que la actora inició como administradora en la unidad residencial por un concurso, fue escogida por su hoja de vida y lo que ofreció hacer, ella envió un plan de trabajo, escogió su horario para algunos días, el contrato lo realizó la demandante y expresó que el 1 de agosto iniciaba su labor, los días de julio ella estuvo adelantado un empalme, precisó que en múltiples horarios y ocasiones iba a ver la administración pero no la encontraba, no sabe si la demandante iba todos los días, ella no necesitaba justificar cuando se ausentaba del trabajo. Contó que él recibía muchas quejas respecto de la labor de la accionante, que el día que le cancelaron el contrato no fue a la oficina y que nunca le dio órdenes o le llamaba la atención, él solo iba de visita social. Mencionó que la administradora

lo invitaba a las reuniones con Colpatria para que hiciera de observador, que la palabra “horario” utilizada en el acta de terminación del contrato, es un término genérico, y que allí se hacía referencia al horario que propuso la demandante.

Conforme lo anterior, se colige que las declaraciones son concomitantes en precisar que en el contrato suscrito entre las partes se pactó el cumplimiento de un horario para llevar a cabo las funciones de la demandante conforme a la oferta presentada, aspecto que como ya se indicó no constituye prueba irrefutable del elemento de la subordinación. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13020 – 2017 radicación 48531 expreso:

"Por su parte, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de contratación no está vedado de la generación de instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo."

Así las cosas, en consonancia con el recaudo probatorio y en aplicación del art. 61 del CPTSS, este juez plural concluye que entre las partes existió un verdadero contrato de prestación de servicios, en razón a que no se acreditó la imposición de órdenes para desarrollar sus actividades, la demandante era conocedora de que sus labores de administración se desarrollaron en virtud del artículo 51 de la Ley 675 de 2001, y fue la misma actora quien implementó su horario para atender las necesidad del conjunto residencial, el cual al parecer tampoco cumplió, pues no es otra la conclusión a la que se puede llegar de la totalidad de las pruebas, ya que el motivo para dar por terminado el vínculo contractual fue precisamente la desatención oportuna de la actora de las funciones a cargo, lo que generó las diferentes quejas de los copropietarios quienes nunca la encontraban para atender sus obligaciones.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **REVOCAR** la sentencia apelada.

COSTAS. – conforme el numeral 4¹ del art. 365 del CGP, se condena a la demandante al pago de las costas en ambas instancias. Fíjese la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

¹ 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

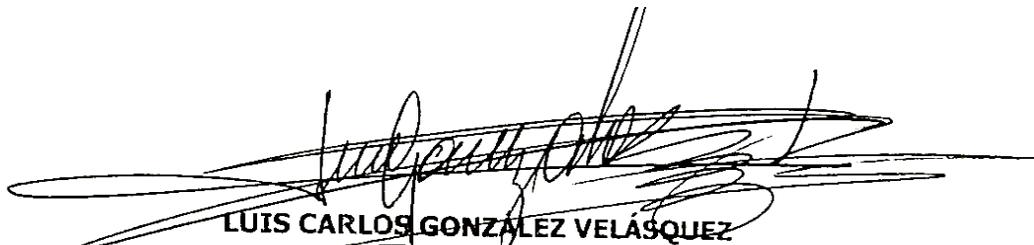
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

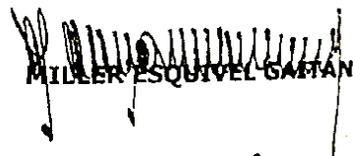
PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de enero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído y en su lugar absolver a la Unidad Residencial Niza Ix – 3 Propiedad Horizontal de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. – COSTAS se condena a la demandante al pago de las costas en ambas instancias. Fíjese la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAFTÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LEONARDO MESA GONZÁLEZ CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00657 01 Juz 16.

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LEONARDO MESA GONZÁLEZ demandó a la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 2 y 3.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 39 a 42. Nació el 11 de enero de 1962. Se trasladó del RPM al RAIS el 1 de mayo de 2007 cuando se vinculó a la AFP Porvenir. Para ese momento contaba con 640 semanas cotizadas y 45 años de edad. Dijo que no le fueron informadas las características propias del RAIS como la capitalización, una comparación de los regímenes pensionales. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto

o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. Porvenir le realizó el cálculo de la mesada para el año 2019 en el RAIS obteniendo la suma de \$828.116. realizada la proyección en el RPM arroja como mesada la suma de \$2.563.399. Solicitó la nulidad del traslado ante Porvenir. Agotó la reclamación ante Colpensiones.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en el CD obrante a folio 54.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y el agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y genérica.

La **AFP PORVENIR** en los términos del escrito visible en el CD obrante a folio 51.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, no cuenta con los soportes para demostrar la asesoría brindada y la proyección pensional en RAIS y en RPM.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas a la parte actora por \$250.000 en favor de cada una de las accionadas. Llegó a esa determinación al señalar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y que cotizó 602,14 semanas al RPM, desde 1 de septiembre de 1995 hasta mayo de 2007.

Posteriormente se trasladó el 1 de mayo de 2007 a Porvenir S.A., conforme consta en el formulario de afiliación que no fue tachado de falso y cumple las exigencias de la época. No obstante, del examen al interrogatorio que rindió el demandante se evidenció una confesión ficta o presunta en razón a que pese que se le indicó la forma en cómo debía contestar, así como las consecuencias por no hacerlo, además de haberle requerido en varias ocasiones para que lo hiciera, este respondió a las preguntas formuladas de forma negativa, evasiva y genérica, aunado a la contradicción sobre la información brindada frente a la edad en que podía pensionarse. Considero el Juez que en una asesoría individual como la que recibió el actor no es creíble que no se le haya explicado su traslado de régimen pensional, por lo que dio aplicación a las consecuencias de la confesión ficta y por ello se demuestra que la AFP Porvenir sí ilustró y cumplió con su deber de información. Igualmente, no se aplica lo establecido por la jurisprudencia de la CSJ en el año 2009 con relación al deber de información en cabeza de las AFP, como es la exigencia de un análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado, los pormenores de los regímenes pensionales, y el consejo o sugerencia por parte del asesor sobre cual régimen conviene más; ya que estos aspectos fueron determinados con posterioridad a la época en que se realizó el traslado de régimen pensional del demandante.

Recurso de apelación

La parte **demandante** solicitó se revoque el fallo proferido ya que se demostró en el proceso que la AFP Horizonte, hoy Porvenir, no cumplió con el deber de información por no haber suministrado una información veraz, real y suficiente al demandante sobre las consecuencias que acarrearía su traslado del RPM al RAIS, además se no se probó que se haya realizado un proyecto de simulación de mesada pensional, como lo exige la jurisprudencia y la sola firma del formulario de afiliación por parte del afiliado no demuestra tener conocimiento del pensional al que se traslada. Además, no es cierto que el demandante confesó en su interrogatorio, como lo dijo el juez, pues este respondió con firmeza, seguridad y sin evasión no haber sido asesorado correctamente por el fondo privado, y manifestó que la carga probatoria de demostrar que se cumplió con el deber de información está en cabeza de las AFP, no del demandante.

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

Parte demandante: Señala que el fallo no tuvo en cuenta el debate jurídico y el problema jurídico planteado, que era demostrar si el afiliado demandante tuvo asesoría alguna por funcionario de PORVENIR, pero no solo que hubiera tenido o no la asesoría, sino que la misma hubiera sido clara, y tuviera el alcance de orientar al potencial afiliado a tomar una decisión libre, espontánea y beneficiosa para su futuro pensional, que hubiera tenido una 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 perjudicaba. Como está demostrado dentro del proceso, no existe prueba alguna que acredite el cumplimiento del deber de información mencionado a cargo de la AFP.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** guardo silencio en esta etapa.
- **AFP PORVENIR:** Indica que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por el demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad, sin embargo, en el presente caso de acuerdo con el interrogatorio de parte efectuado al actor, puede evidenciarse que, sí recibió información sobre el RAIS, como quiera que hubo una confesión ficta o presunta por parte del señor MESA GONZALEZ, por cuanto sus respuestas fueron evasivas, y por lo tanto la probanza de la ilustración de la primera etapa se encuentra acreditada en el presente asunto, dadas las respuestas frente a los interrogantes de PORVENIR y COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta dada a la petición radicada el 17 de junio de 2019 (fl. 24 a 26), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 13 de marzo de 2007, cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR, según formulario que reposa a folio 32.

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien la actora el 13 de marzo de 2007 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR (fl. 32), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

En relación con el interrogatorio de parte que absolvió el demandante, señala que a su oficina llegó una asesora de Porvenir, quien le menciona que se iba a pensionar a una menor edad y con una mesada mayor, no dijo nada sobre la cuenta de ahorro individual, rendimientos ni beneficiarios. La asesoría duró cerca de 15 minutos. Nunca se acercó a las administradoras a solicitar información. Considera que en Colpensiones las condiciones pensionales pueden ser mejores. Ha recibido pocos extractos de su cuenta de ahorro individual y no conoce la información que allí se consigna. Confirió en la información recibida en la asesoría. Al momento del traslado no conocía los requisitos para acceder a la pensión. No le dieron información sobre aportes voluntarios ni respecto de las condiciones para regresar al RPM. No ha solicitado el reconocimiento pensional.

En punto de lo anterior, contrario a lo considerado por el A quo, las insuficiencias del deber de información de parte de la AFP Porvenir, no se subsanan con las afirmaciones del demandante al absolver su interrogatorio de parte, pues del mismo se advierte de manera clara y precisa que le informaron algunas de las características del régimen de ahorro individual, sin que estas fueren suficientes para que el actor tomara una decisión debidamente informada, a manera de ejemplo no sabía de las condiciones para obtener su pensión a una edad más temprana, es por ello que tal información sin una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, tal como lo expuso recientemente la CSJ SL en la sentencia SL 3349-2021⁴, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Con base en lo anterior, la AFP Protección no demostró que su actuar se ajustó al deber de información en el momento de la selección del régimen que exige la SL CSJ el cual siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que no basta con la manifestación de la demandada al aseverar que cumplió con tal deber, pues su actuar debía ser demostrado, para lo cual hubiera bastado con acreditar el suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, la proyección del monto de su pensión actuando el mismo IBC, o informar cuanto necesitaba tener en su cuenta

⁴ "La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido. En cada caso, habrá que examinar los elementos que conforman el plenario para determinar, individualmente, las circunstancias que rodean a quienes en un asunto como el presente, han activado el aparato judicial."

de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, garantizando de esa manera una afiliación libre y voluntaria.

De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”*.

Se resalta que si bien existe diferencia entre ineficacia y nulidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos artículo 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL4360, SL1688⁶ y SL3464 de 2019, que al no haber previsto el

⁵ *“ Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*

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

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

(...)

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

legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por analogía el mandato previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

Así las cosas, es evidente que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de LEONARDO MESA GONZALEZ al régimen de ahorro individual efectuada el 13 de marzo de 2007 a la AFP Porvenir S.A. (fl. 32) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Devolución de los gastos de administración

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

En consecuencia, y como quiera que actualmente el actor se encuentra vinculado con la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele al demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace 14 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Bajo los anteriores argumentos, se habrá de **REVOCAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedarán a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de agosto de 2021, la cual absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado del señor LEONARDO MESA GONZÁLEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 13 de marzo de 2007 a la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

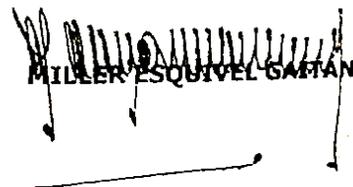
SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** como actual administradora del actor, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- COSTAS. Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedarán a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ ANGELA SUAREZ RAMIREZ CONTRA COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019 – 00568-01 Juz. 10.

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

SENTENCIA

LUZ ÁNGELA SUAREZ RAMÍREZ demandó a **COLPENSIONES** y a **PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el folio 44.

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

Los hechos de la demanda se describen a folios 44 y 45. Nació el 5 de junio de 1963, Se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el día 23 de abril de 1990, se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN el 1º de abril de 1998. Indicó que al momento del traslado no le fue suministrada información suficiente sobre las consecuencias que traería el traslado, ventajas o desventajas del RAIS, también omitió la información al momento de la afiliación sobre la posibilidad de retorno al RPM. Cotizó en el RPM un total de 402.43 semanas y en el RAIS hasta el 30 de septiembre de 2018 reunió un total de 1062.86 semanas cotizadas. El 8 de octubre de 2018, radicó solicitud de nulidad de traslado ante PROTECCIÓN y COLPENSIONES, la cual fue rechazada por improcedente.

Actuación Procesal

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

COLPENSIONES, contestó en los términos del escrito visible a folios 60 a 65.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación efectuada en el RPM y el RAIS, las semanas cotizadas en el RAIS y la petición radicada por la actora.
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, genérica inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación en los términos del escrito visible a folios 88 a 98.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al RAIS, las semanas cotizadas en ambos regímenes y la petición presentada por la actora.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. Condenó a Colpensiones a recibir y restablecer la afiliación de la actora al RPM sin solución de continuidad, ordenó a Protección S.A. que traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante junto con sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, incluyendo la devolución de gastos y cuotas de administración debidamente indexados, y ordenó a Colpensiones aceptarlos. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que Porvenir S.A. no desplegó su deber

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

Recurso de Apelación

PROTECCIÓN: Indica que no es procedente la devolución de los gastos de administración y seguro previsional, toda vez que dichos valores ya fueron causados y se generaron por disposición legal que les permite descontar dicha suma de los aportes de cada afiliado a fin de compensar la buena gestión de administración que realiza el fondo y asegurar al afiliado mediante póliza. Señala que los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de SUAREZ RAMIREZ fueron hasta del 200%, por lo que las sumas descontadas por gastos de administración son una retribución a la buena administración de la AFP. Manifestó que no se pueden trasladar los valores por concepto de gastos de administración y los rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual, porque la actora no es beneficiaria ni participó en el negocio jurídico. Así mismo, al declararse la ineficacia del traslado se entiende que todo vuelve a su estado inicial, por lo que no hay razón a su devolución y traslado hacia el fondo público. Aseveró que las sumas descontadas por seguro previsional fueron consignadas a una entidad aseguradora, quien actúa como tercero de buena fe.

Alegatos ante este tribunal (Artículo 8 Decreto 806 de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada

AFP PROTECCIÓN: Guardó silencio.

COLPENSIONES: Solicita se revoque la sentencia, alega que no existieron vicios del consentimiento, en su oportunidad fue asesorada en debida forma, por lo que recibió toda la información necesaria para realizar el traslado de forma libre y voluntaria, acude a la carga dinámica de la prueba para resaltar que la actora también debe probar los supuestos de hecho que exhibe. Alegó la observancia del principio de la estabilidad y sostenibilidad financiera del fondo público.

CONSIDERACIONES

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

declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 8 de octubre de 2018 (fls. 18 a 19), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir del 2 de febrero de 1998, cuando solicitó su vinculación a la AFP PROTECCIÓN mediante formulario de afiliación visible a folio 99.

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien la actora el día 02 de febrero de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl. 99), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹ norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

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

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

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

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad no le informó de ninguna manera las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020, SL2611-2020, SL4426-2019), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de

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

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

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

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

aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³ para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

La AFP PROTECCIÓN en su contestación se limitó a manifestar que la actora diligenció el formulario de solicitud de vinculación de forma libre, espontánea y sin presiones, que no existe ningún vicio del consentimiento y que la demandante aceptó vincularse al RAIS por contar con la información suficiente y necesaria con lo que se acredita el deber de asesoría. Sin embargo, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019). La AFP indicó que suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pero no manifestó si realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC o si le explicó cuánto dinero necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 22 años para alcanzar la edad de pensión.

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de que la actora diligenciara un formulario (SL4373-2020⁴, SL4426-2019), comoquiera que sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo

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

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

⁴ *La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello, la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado -comprensión de haber recibido información clara, cierta y oportuna.*

cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la administradora de fondos de pensiones demandada, es preciso indicar, tal y como lo dispone la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Protección a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁵) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, que dispuso:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los

⁴ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Ahora bien, no es admisible el argumento de Protección, en el sentido de indicar que al declararse la ineficacia del traslado no hay lugar a la devolución de los rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual de la demandante porque el efecto de la declaratoria es volver las cosas a su estado inicial y que por lo tanto dichos valores nunca existieron. Es preciso señalar que, si bien los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la ley 1328 de 2009; sin embargo con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la AFP tiene que asumir los deterioros del bien administrado mediante la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y demás valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, toda vez que la ineficacia se generó como consecuencia de la conducta desplegada por el fondo de pensiones al incumplir con el deber de información a su cargo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$908.526) a cargo de la recurrente.

DECISION

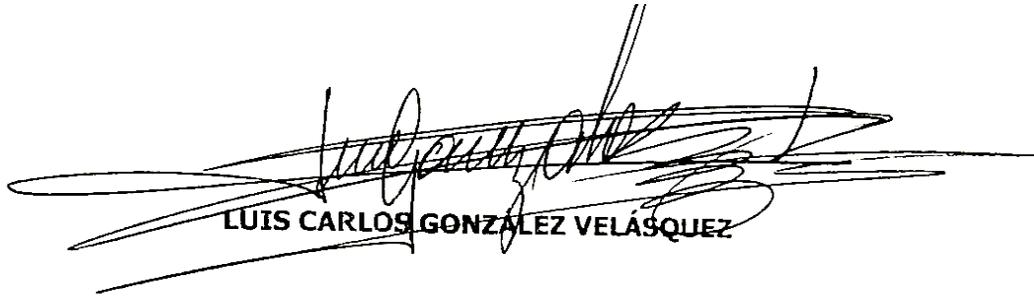
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de febrero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$908.526) a cargo de la recurrente.

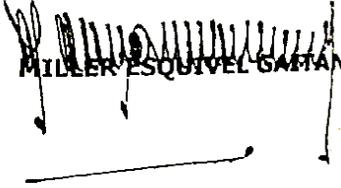
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAFTAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FREDDY RADA VARELA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2020 00344 01 Juz 35.

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

FREDDY RADA VARELA demandó a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad del traslado entre el RPM al RAIS con la AFP Porvenir.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Reconocimiento de pensión de vejez.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 24 de noviembre de 1958. Estuvo afiliado al ISS en el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 1979 hasta el 31 de agosto de 2007, en donde cotizo un total de 761 semanas. En septiembre de 2007 se trasladó al RAIS. Al momento de la afiliación contaba con IBC de \$1.662.000. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. En julio de 2019 recibió asesoría por parte de la

AFP Porvenir obteniendo como respuesta que su saldo en la cuenta de ahorro individual no superaba el monto mínimo del 110% lo que le permitía recibir el beneficio de la garantía de pensión mínima equivale a 1 SMLMV. En la actualidad tiene un total de 1821 semanas cotizadas. En el RPM aplicando una tasa de remplazo equivalente a 78.97% le corresponde una pensión de \$2.132.190 mientras que en el RAIS equivaldría a \$1.199.590. Solicito ante Colpensiones la nulidad de traslado de régimen, la cual comuniqué que no era procedente.

Actuación procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, la edad que cumplió en el 2010, la solicitud radicada y la respuesta emitida por Colpensiones.
- Formuló como excepciones de fondo; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La AFP PORVENIR S.A., contestó en los términos del escrito visibles en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, la asesoría brindada por parte de Porvenir S.A., la solicitud ante Colpensiones y la petición radicada ante Porvenir S.A.
- Propuso como excepción previa; no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que el actor no demostró perjuicio alguno al momento de efectuar el traslado al RAIS. Finalmente, se aparta de lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues la misma señala que se debe estudiar cada caso en particular, y como quiera que las situaciones fácticas, así como las pruebas traídas al proceso difieren de los casos estudiados por esa corporación, para el caso objeto de estudio no se accede a las pretensiones.

Recurso de apelación

La parte demandante inconforme con la decisión solicita se revoque el fallo en su integridad. Aduce que quedó plenamente demostrado que se le causó detrimento al patrimonio del actor como consecuencia del traslado al RAIS, toda vez que la pensión que tendría derecho de recibir en Colpensiones es superior a la que le corresponde en Porvenir S.A., generándose un perjuicio al mínimo vital y a la expectativa pensional del demandante con los aportes efectuados durante toda su vida laboral.

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

Parte demandante: En la decisión no se tuvo en cuenta el deber probatorio en cabeza de los fondos privados, especialmente en este tipo de procesos donde la carga de la prueba es inversa y queda en cabeza de las demandadas, pues son estas quienes están no solo en la obligación, sino que cuentan con toda la capacidad para demostrar que el deber de información, el buen consejo, y la asesoría completa, eficaz y oportuna fue entregada al afiliado al momento de tomar una decisión trascendental sobre su futuro pensional. En conclusión, sumado a lo anterior, el A quo dio pleno desconocimiento del precedente (vertical) constitucional, el cual soporta que además de violar los derechos de las partes a la igualdad y al debido proceso, entre otros, vulnera el principio de supremacía constitucional.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** Precisa que FREDDY RADA VARELA a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994, contaba con la edad de 36 años, y no cumplía con el requisito de las 750 semanas de cotización o los 15 años de tiempo de servicios; por tanto, el actor no puede ser beneficiario del régimen de transición referido en el artículo 36 de la Ley mencionada anteriormente, razón por lo cual no es de recibo que pretenda regresar al RPM como así lo solicita. Seguidamente, para el 23 de septiembre de 2019, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones su traslado, contaba con 61 años, esto es, cuando se encontraba dentro de una prohibición legal. De otro lado, es pertinente manifestar que al momento de la afiliación al RAÍS se encontraba frente a una mera expectativa, pues tal como se desprende los hechos y de las pruebas documentales, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicio, para poder regresar al RPM en cualquier tiempo.

- **PORVENIR S.A.:** Indica que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por el demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación del demandante. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, sin embargo, en el presente caso de acuerdo con el interrogatorio de parte efectuado al actor, puede evidenciarse que, si recibió información sobre el RAIS, entre ella, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, la emisión y negociación del bono pensional, la posibilidad de que los aportes ante el fallecimiento integraran la masa sucesoral, y la generación de rendimientos financieros.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo

35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen de fecha 25 de julio de 2017 a la AFP Porvenir.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 23 de septiembre de 2019 (pg. 60 archivo 01.Demanda expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS desde el 25 de julio de 2007 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A. (pg. 107 archivo 01. Demanda expediente digital)

Según el reporte SIAFP (pg. 23 archivo 21. CONTESTACIÓN Y ANEXOS) el demandante se trasladó por primera vez al RASI con la AFP Colfondos el 21 de octubre de 1995, luego se trasladó a Colpensiones el 15 de julio de 2002 y finalmente el 25 de julio de 2007 regresó al RAIS con la AFP Porvenir el 25 de julio de 2007, traslado este último sobre el cual se solicita la nulidad o ineficacia.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 25 de julio de 2007, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 25 de julio de 2007 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital), luego de haber efectuado el

traslado inicial con la AFP Colfondos S.A. el 21 de octubre de 1998 (expediente pg. 107 archivo 01.Demanda expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

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

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

Sin embargo, la AFP Porvenir no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (pg. 107 archivo 01.Demanda expediente digital) consignada con la firma del demandante, no es prueba suficiente para probar un consentimiento debidamente informado. Pues no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

La AFP Porvenir, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692 de 1994. Sin embargo, no encuentra esta Sala la realización de proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el cálculo del IBL del demandante. Información que debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular.

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP tal como se desprende del interrogatorio absuelto por el demandante, del que se denota su poco conocimiento

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

sobre los regímenes pensionales y las condiciones para acceder a la pensión de vejez en cada uno de ellos. Aun cuando tuviera esta información de manera detallada y precisa, la misma sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Es preciso recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021*, que dispuso;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"

Con base en lo anterior, la AFP Porvenir no demostró que su actuar se ajustó al deber de información en el momento de la selección del régimen que exige la SL CSJ el cual siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que no basta con la manifestación de la demandada al aseverar que cumplió con tal deber, pues su actuar debía ser demostrado, para lo cual hubiera bastado con acreditar el suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, la proyección del monto de su pensión actuando el mismo IBC, o informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 24 años para alcanzar la edad de pensión, garantizando de esa manera una afiliación libre y voluntaria.

De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus

implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

Por todo lo anterior, es evidente que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de las afiliaciones de FREDDY RADA VARELA al régimen de ahorro individual efectuadas el 25 de julio de 2007 a Porvenir S.A. (pg. 107 archivo 01.Demanda expediente digital) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

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

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

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

(...)

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

Devolución de los gastos de administración

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

Cabe resaltar que las AFP deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁵) por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta. Pese a que los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la ley 1328 de 2009, se tiene que con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado que si las cosas vuelven a su estado anterior, la AFP tiene que asumir los deterioros del bien administrado mediante la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y demás valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, como quiera que la ineficacia se generó como consecuencia de la conducta desplegada por el fondo de pensiones al incumplir con el deber de información a su cargo

⁴ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, y como quiera que actualmente el actor se encuentra vinculado con la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Pensión de vejez

Se debe precisar que el actor pretende el reconocimiento de la pensión de vejez, lo cierto es que a lo largo del debate solicita se estudie la prestación bajo las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de los hombres el cumplimiento de los 62 años de edad y 1300 semanas cotizadas. Así las cosas, si bien el actor cumplió los 62 años de edad el 24 de noviembre del 2020, tal como se desprende de la fotocopia de la cédula de ciudadanía obrante en el expediente digital, lo cierto es que sólo alcanzaría la densidad de semanas exigidas en la norma cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, lo que conlleva que no le asista obligación alguna a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto por parte de la AFP Porvenir se efectúe el traslado de los aportes, además que esta particular situación impide la liquidación de la mesada pensional. Por lo anterior, una vez Colpensiones reciba los valores de la cuenta de ahorro individual del accionante incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, deberá proceder con el estudio del reconocimiento del derecho pensional.

Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele al demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace 14 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de

derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Bajo los anteriores argumentos, se habrá de **REVOCAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedarán a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de julio de 2021, la cual absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado del señor FREDDY RADA VALERA al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 25 de julio de 2017 a la AFP PORVENIR S.A. y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** como actual administradora del actor, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- COSTAS. Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedarán a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

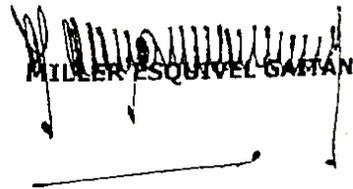
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GEFRY ERNEY ARGUELLO MANRIQUE
contra CLINICA JUAN N. CORPAS LTDA. Rad. 2020 00372 01. Juz. 31.**

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

SENTENCIA

GEFRY ERNEY ARGUELLO MANRIQUE demando a CLINICA JUAN N. CORPAS LTDA., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la pg. 3 del archivo 004. Subsanación.

- Existencia de relación laboral comprendida entre el 1º de noviembre de 2016 al 5 de septiembre de 2018.
- Declarar que el salario devengado fue la suma de \$ 4.429.000.
- Indemnización moratoria.
- Ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen en las pg. 1 y 2 del archivo 004. Subsanación. fue contratado para ejercer el cargo de Medico General para la sociedad demandada CLÍNICA JUAN N. CORPAS LTDA, mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de noviembre de 2016 y hasta el 5 de septiembre de 2018. El salario devengado ascendía a \$4.429.000. No se efectuaron los aportes al sistema de seguridad social a pesar de haberle realizado los descuentos. Al finalizar la relación no le fue pagada la liquidación de las prestaciones sociales. El 16 de enero de 2020 la CLÍNICA JUAN N. CORPAS LTDA pago las acreencias luego de haber interpuesto una acción de tutela en la que solicitaba el pago de estos rubros y haber realizado la reclamación directamente.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado correspondiente, la demandada contestó en los siguientes términos:

la CLÍNICA JUAN N. CORPAS LTDA., contestó en los términos del escrito visibles en el archivo 011. subsanación de contestación de demanda.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la vinculación laboral, la reclamación y pago de las acreencias laborales el 8 de enero de 2020.
- Formuló como excepciones de mérito; fuerza mayor y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 28 de mayo de 2021, en la cual dispuso;

PRIMERO: DECLARAR *la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre GEFRY ERNEY ARGUELLO MANRIQUE en calidad de trabajador y CLÍNICA JUAN N CORPAS LTDA en calidad de empleador, por el período comprendido entre el 1 de noviembre del año 2016 al 5 de septiembre del año 2018.*

SEGUNDO: CONDENAR *a la demanda a reconocer y pagar al demandante la suma de \$73.373.767 pesos por concepto de sanción moratoria.*

TERCERO: CONDENAR *a la demanda al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.*

Llegó a esa determinación, luego del análisis del acervo probatorio y determinó que no existe discusión alguna sobre la existencia del contrato de trabajo que fue aceptado desde el líbello de la demanda. Respecto al pago de la liquidación de las prestaciones sociales reclamadas, tuvo en cuenta que el pago fue extemporáneo por parte de la demandada, y al no mediar razón que justificara este actuar para considerar un actuar revestido de buena fe condenó a la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, como quiera que la fuerza mayor alegada tiene sustento en la difícil situación económica de Saludcoop, sin que la demandada hubiese demostrado como esa desafortunada situación afectaba las condiciones económicas de la demandada.

Recurso de apelación

La parte demandada inconforme con la decisión manifiesta que no es procedente la indemnización, como quiera que el pago fue realizado previo a la interposición de la demanda. Considera que el tiempo de espera del demandante para interponer la demanda lo fue para acrecentar el monto de la sanción, pues contando el tiempo de suspensiones del Decreto 564 de 2020, tardo cerca de 26 meses para acceder a la jurisdicción.

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

Parte demandante: En el caso debatido se evidencia que los argumentos que tuvo en cuenta el A quo para absolver de la sanción moratoria, se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, la cual, por virtud de lo convenido con sus trabajadoras, aquí recurrentes, estaba obligada a cumplir con lo pactado y, en todo caso, a actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para ellas, a quienes no les puede ser oponible la mera razón de tales problemas económicos internos, y no pueden ver afectadas sus garantías laborales por ello.

Parte demandada: guardo silencio en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si el actuar de la demandada estuvo cobijado por la buena fe o en caso contrario la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T.

Existencia de la relación laboral

No se controvierte que entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió entre el 1 de noviembre del año 2016 al 5 de septiembre del año 2018, así se

desprende del documento que lo contiene (001. Escrito demanda pg. 23 a 27), y así fue declarado por la A quo, y que no fue objeto de impugnación, luego se releva la Sala del estudio de acreditación de los elementos de la esencia del contrato y se adentra al objeto de apelación.

Indemnización moratoria

La A quo no encontró razón que justificara que luego de que el demandante finalizara su vínculo contractual a partir del 5 de septiembre de 2018, se pagara el importe de la liquidación final de prestaciones sociales solo hasta el 16 de enero de 2020. De igual manera tuvo en cuenta que la demanda se interpuso de los 24 siguientes a la terminación del contrato de trabajo, esto al contabilizar la suspensión de términos prevista en el decreto 564 de 2020, la que se extendió desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio de 2020, de conformidad con el Acuerdo PCSJA20-11567 de 05 de junio de 2020. Por su parte el recurrente alega que el demandante aplazo la interposición de la demanda por casi 26 meses calendario con el propósito de lucrarse de esta situación, adiciona que el pago de las acreencias se realizó previo a la radicación de la demanda.

El artículo 65 del C.P.T. y S.S., establece que si al momento de la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales debidos, se hace acreedor a una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo, sanción que como lo ha admitido la jurisprudencia en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se le exonerará de su pago. Es de anotar que en el caso bajo estudio el apelante no alega la buena fe de la demandada, pues su recurso se centra en la contabilización del lapso existente entre la terminación del contrato y la radicación de la demanda.

Puestas así las cosas, a fin de establecer tiempo transcurrido entre la terminación del vínculo y la interposición de la acción, se hace necesario tener en cuenta la suspensión de términos de prescripción y caducidad prevista en el Decreto 564 de 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, que prevé;

Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales,

sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales.

El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente.

Parágrafo. *La suspensión de términos de prescripción y caducidad no es aplicable en materia penal.*

Norma que sobra decir, es aplicable a cualquier proceso que curse ante la Rama Judicial y por ello opera en el caso bajo estudio tal como fue determinado por la A quo. Quedo demostrado que el pago de las acreencias laborales fue realizado por parte de la CLÍNICA JUAN N CORPAS LTDA. el 16 de enero de 2020, tal como se desprende de la documental obrante en la pg. 9 del archivo digital 011. subsanación de contestación de demanda. De igual manera se advierte que la demanda se radicó el 27 de octubre de 2020 (archivo 002. SECUENCIA 12316).

Ahora, se tiene que entre el entre 5 de septiembre de 2018 y el 16 de enero de 2020 con la interrupción de los 105 días¹, transcurrieron 679 días, que corresponden a 22,63 meses. En consecuencia, en los términos del artículo 65 del C.S.T.² la

¹ Decreto 564 de 2020 y Acuerdo PCSJA20-11567 de 05 de junio de 2020

² **ARTICULO 65. INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO.**

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

1. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

PARÁGRAFO 1o. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

indemnización moratoria se liquida a razón de una día de salario por cada día de mora hasta que se verifique su pago, esto es, 497 días que transcurrieron entre el 5 de septiembre de 2018 y el 16 de enero de 2020, tal como fue determinado y liquidado por la Juez.

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

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

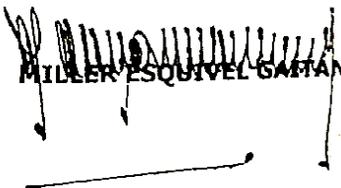
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de mayo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL DEL SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE CONTACT CENTER Y CALL CENTER–SINDITECC, y RANDY FELIPE DURÁN BERNAL, contra la empresa CENTRO INTERACTIVO DE CRM S.A., Rad. 2020 – 00168 01 Juz. 14º.

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Procede el Tribunal Superior de Bogotá conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado en este asunto y en consecuencia a dictar la siguiente

SENTENCIA

El SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE CONTACT CENTER Y CALL CENTER –SINDITECC y RANDY FELIPE DURÁN BERNAL, demandaron a la empresa CENTRO INTERACTIVO DE CRM S.A., para que se profieran las siguientes declaraciones y condenas: (fls. 3)

- Se declare que el afiliado Randy Durán Bernal contaba con fuero sindical de adherente a la organización sindical SINDITECC en los términos del artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo.
- Se declare que el empleador no contaba con calificación judicial para terminar con justa causa el contrato de trabajo del demandante.
- Que el despido efectuado por el empleador fue sin justa causa.
- Que el despido fue realizado vulnerando el debido proceso.

- Se declare que el empleador debe reintegrar al trabajador y pagarle a título de indemnización, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, teniendo en cuenta el salario básico y el promedio variable, desde el 04/05/2020 hasta la fecha de reintegro en los términos del artículo 408 del CST.
- La indexación de los valores a que sea condenada.
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 a 3. Manifiesta la parte actora que entre Randy Felipe Durán Bernal y la empresa CENTRO INTERACTIVO DE CRM S.A., se celebró un contrato de trabajo el 04/04/2019, para desempeñar el cargo de Asesor comercial de los productos de la compañía de telecomunicaciones Claro. Indica que salario devengado era el equivalente al salario mínimo, más una variable por ventas realizadas.

Informa que el 22/03/2020 se fundó el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE EMPRESAS DE CALL CENTER Y CONTACT CENTER "SINDITECC", organización sindical de primer grado y del tipo industrial y el 26/04/2020 el demandante se afilió a la organización sindical, por lo que al encontrarse en el lapso comprendido entre la fundación y la inscripción del registro sindical, adquiere la condición de aforado, por ser adherente al sindicato. Comunica que la Junta Directiva del sindicato al recibir la información del afiliado, con relación a que no se le había recibido la notificación física de afiliación, procedió a remitir la notificación a través de correo electrónico a la dirección de notificaciones judiciales electrónicas de la empresa y el 28/04/2020, el empleador acusó recepción de la notificación.

Que el 30/04/2020, el trabajador fue citado a diligencia de descargos donde se especificó que se trataba de un proceso disciplinario y se informaron los motivos de citación, pero sin especificar cuáles eran las "malas prácticas en el desarrollo de sus funciones". Menciona que en la diligencia se le cuestionó sobre el cumplimiento de metas comerciales y a la falta que se le endilgaba en relación con el aplicativo, e informó que no se le había comunicado que esta conducta estuviera prohibida. En cuanto a unas llamadas indicó que se debía a una situación de fallas tecnológicas.

Indicó que el 04/05/2020 el empleador entregó carta de despido al trabajador sin la previa calificación del juez del trabajo, ni se informó que contaba con una segunda instancia o la posibilidad de acudir a la justicia y que la empresa en el período comprendido entre el 27/04/2020 y el 04/05/2020 despidió a cuatro trabajadores más, adherentes a SINDITECC, y que el 02/06/2020, SINDITECC elevó solicitud de registro sindical al Ministerio de Trabajo.

ACTUACIÓN PROCESAL

Admitida la demanda por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad el 18 de noviembre de 2020, notificado el auto y corrido el traslado a la demandada empresa CENTRO INTERACTIVO DE CRM S.A., en adelante INTERACTIVO S.A., en la audiencia de fecha 22 de julio de 2020 contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo por obra o labor, pero no los extremos, aceptó el cargo y salario devengado, así como lo relacionado con las causas del despido, el incumplimiento de las metas, la diligencia de descargos y las comunicaciones respecto a la fundación del sindicato. Manifestó que no le constan o que no son ciertos los demás hechos de la demanda.
- Formuló como excepciones de fondo las de buena fe de la demandada, inexistencia de la obligación, compensación y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia del 29 de septiembre del año en curso en la que absolvió a la demandada INTERACTIVO S.A. de las pretensiones de la demanda, se abstuvo del estudio de las excepciones propuestas por la demandada y condenó en costas a la parte actora.

Llegó a esa determinación al señalar que todas las organizaciones por el solo hecho de la creación gozan de personería jurídica pero que para que el fuero sindical surtan efectos es indispensable que el empleador conozca de la fundación del sindicato, por lo que este fuero rige a partir del momento en que se le comunique al empleador la fundación o constitución

del sindicato con la relación de los nombres de quienes son fundadores, conforme a las sentencias C-734 de 2008 y C-465 de 2008, por lo que sin que exista esta comunicación no es oponible al empleador el fuero sindical. Señaló que, en este caso y según la certificación aportada al proceso la inscripción del sindicato se dio el 2 de junio de 2020, pero que sí se aportó al empleador la comunicación sobre la afiliación del demandante vía electrónica el 27 de abril de 2020 quien dio acuse de recibido al día siguiente (fl 28 y 52). Indicó que el 28 de abril de 2020 (fl. 51) se remitió respuesta por la representante legal de la demandada para que la organización sindical suministrara el acta de formación del sindicato, así como la inscripción ante el Ministerio de Trabajo y a folio 28 vuelto la reiteración de fecha 28 de mayo de 2020, cuya respuesta se dio el 23 de junio de 2020 por correo electrónico adjuntando el acta de fundación de la organización sindical. Resaltó que la inscripción de la organización sindical ante el Ministerio de Trabajo se dio el 2 de junio de 2020 por correo electrónico dirigido al Ministerio de Trabajo.

Tuvo en cuenta para resolver que no se comunicó al empleador la creación de la organización sindical previo a producirse la terminación del contrato, ya que la primera comunicación sobre su existencia se dio el 2 de junio de 2020 y a la empleadora solo se comunicó el 23 de junio de 2020 por lo que no era oponible al empleador la protección sindical, pues era obligación de la organización sindical comunicar inmediatamente al empleador la constitución del sindicato lo que no se efectuó antes de la finalización del contrato de trabajo. Manifestó que si bien la personería jurídica nace con la creación de la organización, ella rige para el empleador a partir de la comunicación de la creación, por lo que consideró que el actor al momento del finiquito del contrato no contaba con la garantía foral, pues esta no se había activado y por ello absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante.-

Interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó que el artículo que rige la situación es el artículo 406 y no el artículo 363 señalado por la juez de primera instancia, pues para todos los efectos legales la creación del sindicato se demuestra con la copia de la inscripción o con la copia de la comunicación al empleador sin que ella deba ir acompañada de un

certificado de la constancia del acta de fundación u otro documento. Que el artículo 363 hace relación a la modificación de la organización, por lo que no tiene relación con el fuero de adherentes, por lo que no era necesaria la copia del acta de fundadores más cuando el actor no es fundador sino adherente, y por ello solo requería la comunicación al empleador de que tenía la calidad de adherente, por lo que solicita que se tenga en cuenta que el actor sí tenía fuero sindical. Que el empleador solicitó documentos adicionales, con posterioridad al despido, lo que hizo mediante derecho de petición pero que el sindicato estaba dentro del término para responder cuando el empleador despidió al trabajador, por lo que solicita se ordene el reintegro del demandante.

CONSIDERACIONES

Precisa la Sala que el problema jurídico a resolver en este caso consiste en determinar si el demandante se encontraba amparado por la garantía foral para el momento del despido y en tal caso establecer si es procedente el reintegro solicitado junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de percibir desde el despido hasta la fecha del reintegro, toda vez que en el presente asunto no ha sido objeto de controversia entre las partes la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor iniciado el 9 de junio de 2019, la fecha en que terminó la relación laboral el 4 de mayo de 2020, el cargo y salario devengado.

Lo que ha sido objeto de inconformidad es que se aplicó al caso lo dispuesto en el artículo 363 del C.S.T. cuando se debió aplicar el párrafo segundo del artículo 406, respecto a la oponibilidad frente al empleador de la garantía foral del actor, por tratarse de un fuero de adherentes y no de un fuero de fundadores.

El fuero sindical protege a los directivos de un sindicato de ser despedidos sin la previa intervención de un juez laboral o de ser trasladados de lugar de trabajo, por lo que en estos casos solo está permitido el despido con una justa causa previa validación de la autoridad judicial competente.

El fuero sindical es un derecho considerado por la misma Constitución Política en su artículo 39 donde establece que «Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás

garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.»), esto es, que protege el derecho de los trabajadores a constituir y pertenecer a un sindicato.

Ahora en cuanto a la estabilidad laboral reforzada por el fuero sindical, se protege el derecho del trabajador a no ser despedido, a no ser trasladado y a que sus condiciones laborales no le sean desmejoradas, como consecuencia y en respuesta a su actividad sindical, como lo señala el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, que tiene como finalidad proteger al trabajador de las posibles represalias de su empleador debido a las actividades realizadas por los trabajadores sindicalizados.

Conforme al artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo los trabajadores que están cobijados y protegidos por el fuero sindical, y son los siguientes:

- *Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses.*
- *Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.*
- (...)

PARAGRAFO 2o. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador.

El artículo 363 del C.S.T. por su parte, modificado por el artículo 43 del Ley 50 de 1990, dispone lo siguiente:

"Una vez realizada la asamblea de constitución, el sindicato de trabajadores comunicará por escrito al respectivo empleador y al inspector del trabajo, y en su defecto, al alcalde del lugar, la constitución del sindicato, con la declaración de los nombres e identificación de cada uno de los fundadores. El inspector o alcalde a su vez, pasarán igual comunicación al empleador inmediatamente."

De lo anterior se concluye que es necesario que la organización sindical comunique al empleador la constitución del sindicato para la activación de la garantía foral, de conformidad con lo indicado en las sentencias C-465 de 2008 y C-734 de 2008, acorde con lo dispuesto en los artículos 363 y 371 del C.S.T., pues la oponibilidad del fuero sindical frente al empleador exige que este tenga conocimiento acerca de la existencia del sindicato, sus fundadores y/o los miembros de su junta directiva.

Esta carga se le impone al sindicato y a sus miembros conforme al artículo 363 del C.S.T. relativo a la notificación de la constitución del sindicato y el artículo 371 del C.S.T. sobre la notificación de los cambios en la junta directiva del sindicato, los que exigen que se comunique al inspector de trabajo y al empleador sobre la constitución o modificación en la composición de la junta directiva, según sea el caso, y segundo, que dicha comunicación se efectúe por escrito.

Así las cosas, acorde con las sentencias C-465 de 2008 y C-734 de 2008, se debe tener en cuenta por la Sala en primer lugar si el sindicato le notificó al inspector de trabajo y al empleador la fundación del sindicato, pues en este caso el fuero sindical es oponible a este último desde la fecha de la primera comunicación, según lo dispone la sentencia C-465 de 2008.

Lo anterior, por cuanto si el sindicato le notificó al inspector de trabajo y no al empleador, el fuero sindical solo será oponible a este último, cuando conozca efectivamente de la existencia del sindicato, sus fundadores y/o miembros de Junta Directiva, mediante la notificación realizada por el Ministerio de Trabajo o por información proveniente directamente de la organización sindical, ya que si el sindicato no comunicó ni al Ministerio del Trabajo ni al empleador, la protección foral no puede activarse.

De lo anterior, se puede concluir que independientemente de si se trata de un fuero de fundadores o de un fuero de adherentes, la protección foral no puede activarse sino a partir de la comunicación que se haga al empleador, en primer lugar, de la fundación de la organización sindical y posteriormente de la afiliación del trabajador como adherente, sin que se pueda obviar laguna de estas comunicaciones.

Lo primero que se observa es que a folio 101 obra la comunicación vía correo electrónico de SINDITECC Sindicato de industria <sinditecc@gmail.com, enviado el martes, 2 de junio de 2020 a las 3:36 p. m., para ddiaz@mintrabajo.gov.co; dtbogota@mintrabajo.gov.co "Asunto: Solicitud Registro Sindical", donde se adjuntan los siguientes datos: nómina de afiliados, acta de fundación de SINDITECC, nómina completa de coordinadores de Comités de Trabajo del sindicato y a folio 87 obra la comunicación por este mismo medio a la empleadora sobre la afiliación del accionante como adherente a la organización sindical de fecha 27 de abril de 2020, es decir, que para el momento en que se informó la afiliación del actor como adherente no se había comunicado la fundación del sindicato ni al empleador ni al Ministerio de Trabajo.

Si bien es cierto que el acta de fundación de la organización sindical fue el 22 de marzo de 2020 (fls. 4 a 12) la inscripción del sindicato solo se solicitó el 2 de junio de 2020 (fl. 101) sin que se hubiera acreditado en el proceso que con anterioridad a esta fecha se hubiera comunicado al empleador la creación de la organización por lo que para la fecha de la terminación del contrato de trabajo que se dio el 4 de mayo de 2020 (fl. 98) ninguno de los afiliados gozaba de garantía sindical. Lo anterior, por cuanto la única comunicación que obra en el proceso es la del 27 de abril de 2020 (fl. 87) donde se comunicó por parte de la organización sindical al empleador mediante correo electrónico la afiliación del actor a la organización sindical como adherente, sin que previamente se hubiera informado la creación del sindicato ni en ella se informara sobre tal fundación, razón por la que el 28 de abril del mismo año, el empleador le solicitó a la organización el Acta de Conformación del Sindicato, así como el respectivo registro de Inscripción de la Organización Sindical ante el Ministerio del Trabajo.

En consecuencia, es claro que solo el 2 de junio de 2020 la organización sindical solicitó al Ministerio del Trabajo la inscripción en el registro sindical, lo que no informó al empleador con anterioridad, más aún cuando se observa que los estatutos se crearon en reunión del 13 de mayo de 2020 (fl. 16 a 86) y la nómina del sindicato tiene fecha del 29 de mayo de 2020, por lo que el fuero sindical no se activó para los afiliados a la organización sino a partir del 2 de junio de 2020.

Esta obligación la impone el artículo 365 modificado por el artículo 45 de la Ley 50 de 1990 que dispone:

"Todo sindicato de trabajadores deberá inscribirse en el registro que para tales efectos lleve el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la asamblea de fundación, el sindicato presentará ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, solicitud escrita de inscripción en el registro sindical, acompañándola de los siguientes documentos:

- a) Copia del acta de fundación, suscrita por los asistentes con indicación de su documento de identidad;*
- b) Copia del acta de elección de la junta directiva, con los mismos requisitos del ordinal anterior;*
- c) Copia del acta de la asamblea en que fueron aprobados los estatutos;*
- d) Un (1) ejemplar de los estatutos del sindicato, autenticados por el secretario de la junta directiva;*
- e) <Literal modificado por el artículo 4 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Nómina de la junta directiva y documento de identidad.*

*f) <Literal modificado por el artículo 4 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:>
Nómina completa del personal de afiliados con su correspondiente documento de identidad.*

g) <Literal derogado por el artículo 4 de la Ley 584 de 2000.>

Los documentos de que trata los apartes a), b) y c) pueden estar reunidos en un solo texto o acta.

Conforme a lo anterior y a las sentencias ya mencionadas la Sala reitera que como la fundación de la organización sindical solo se dio el 2 de junio de 2020 y entre la fundación el 22 de marzo de 2020 y la inscripción ante el Ministerio el 2 de junio de 2020, no se notificó al empleador su creación, el fuero sindical era oponible a este último desde la fecha de la primera comunicación, según lo dispone la sentencia C-465 de 2008, esto es desde el 2 de junio de 2020, el fuero sindical solo será oponible al empleador cuando conociera efectivamente de la existencia del sindicato, sus fundadores y/o miembros de Junta Directiva, mediante la notificación realizada por el Ministerio de Trabajo o por información proveniente directamente de la organización sindical, lo que no se acreditó en el proceso, por lo cual la protección foral no podía activarse con la comunicación del 27 de abril de 2020, pues allí se estaba informando la afiliación del actor como adherente, cuando aún no se había comunicado la fundación de la organización no se había solicitado la inscripción ante el Ministerio de Trabajo y por lo tanto el actor no gozaba de la garantía sindical como en efecto lo declaró el A-quo.

Por lo expuesto, ha de confirmarse en todas sus partes la sentencia recurrida.

COSTAS

Se confirma la decisión de primera instancia en cuanto a las costas. Se condena en costas de esta instancia a la parte actora. Se fijan como agencias en derecho la suma de Quinientos Mil pesos M/l. (\$500.000).

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de septiembre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Se confirma la decisión de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora. Se fijan como agencias en derecho la suma de Quinientos Mil pesos M/L (\$500.000).

Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL IVAN DARIO ZULUAGA ATEHORTUA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad.
2018 00713 01 Juz 30.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

IVAN DARIO ZULUAGA ATEHORTUA demandó a la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 66.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 65 a 66. Se afilió al ISS el 25 de noviembre de 1976. Se trasladó al RAIS mediante la AFP Porvenir el 11 de febrero del 2000. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el

monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. Radicó solicitud ante Colpensiones solicitud de nulidad de traslado al RAIS, la cual mediante respuesta del 8 de noviembre de 2018 no accedió a la petición. El 10 de octubre de 2012 se afilió a la AFP Colfondos, actual administradora de pensiones.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad, el cual fue remitido en descongestión al Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio y corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,

en los términos del escrito visible en fls. 84 a 91.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la solicitud de nulidad de traslado ante Colpensiones y la respuesta emitida.
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,

contestó en los términos del escrito visibles a folios 165 a 171.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el traslado a Porvenir S.A.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

COLFONDOS S.A.,

dio contestación en los términos del escrito visibles a folios 139 a 147.

- se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la vinculación a la AFP Colfondos S.A. y la actual afiliación.
- Formuló como excepciones de fondo; validez de la afiliación al RAIS con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir S.A., de fecha 11 de febrero del 2000. Ordenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP Porvenir no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

PORVENIR S.A.: Solicita se absuelva a Porvenir de la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, pues ya se contrató la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Señala que no existe ningún riesgo de descapitalización para Colpensiones de no trasladarse dichos valores, ya que no están destinados a financiar la pensión de vejez del actor

AFP COLFONDOS: Solicita se revoque la sentencia en lo que corresponde a los numerales 2º, 3º y 8º y específicamente en cuanto a la obligación de devolver las cuotas de administración, comisiones y aportes a garantía de pensión mínima, bonos pensionales, frutos y aportes que hayan estado en la cuenta de ahorro individual durante el periodo de afiliación del demandante. Manifiesta que conforme a la normatividad vigente estos pagos causados, tales como cuotas de administración ya fueron trasladadas a las entidades correspondientes como las primas de seguro previsional que ya se pagaron a las aseguradoras, por lo tanto, no tiene fundamento legal que se ordene la devolución de sumas que ya se cancelaron a terceros. Indica que estos conceptos son descuentos autorizados por la ley, por ende, en el presente caso el efecto de la declaratoria de ineficacia que es traer las cosas al estado anterior no es compatible con la legislación civil. Solicita se revoque la condena en costas impuesta en primera instancia, en razón a que la afiliación fue consecencial después de haber efectuado el traslado inicial ante otra administradora de pensiones.

COLPENSIONES: Manifiesta que en el presente fallo se desconoce las diferentes etapas que ha tenido el deber de información a lo largo del tiempo, el cual ha evolucionado mediante el decreto 663 de 1993, la ley 1328 de 2009, el decreto 2241 de 2010, la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015; así las cosas el análisis de la información y el alcance de la asesoría deben ser valoradas para la fecha de suscripción del formulario o fecha en que se hizo efectivo el traslado y por estas razones no es jurídicamente válido imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstos al momento del traslado de régimen. Indica que es inadmisibles que un tercero ajeno al acto de afiliación, como lo es Colpensiones, deba soportar los efectos de la ineficacia. Considera que Porvenir cumplió con todas sus obligaciones exigibles en ese momento en el cual no se documentaba la asesoría brindada. Además, destaca que el demandante ratificó su deseo de permanecer en el RAIS por los traslados horizontales efectuados entre Porvenir y Colfondos.

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

Parte demandante: Señala que no hay evidencia de que PORVENIR hubiera cumplido en este caso, con las disposiciones legales que lo obligaban a brindar una suficiente información e ilustración a su futuro afiliado, como lo era al demandante, acerca de los regímenes pensionales existentes, contemplados en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994 y el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** Considera que no se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual, como se alega en la demanda y se evidencia en el fallo impugnado, además para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha. No se demuestra entonces hasta el momento que el demandante haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún, cuando permaneció en el RAIS sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en este Régimen.

- **PORVENIR S.A.:** Menciona que en este asunto no se acreditaron los presupuestos ni resultaron demostrados en el proceso, pues es dable señalar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

- **AFP COLFONDOS:** guardo silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 8 de noviembre de 2018 (fls. 38 a 39), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 10 de octubre de 2012 cuando solicito su vinculación a Colfondos S.A., según historial de

vinculaciones que reposa a folio 148, luego de estar afiliado a Porvenir S.A. a partir del 11 de febrero del 2000, como se observa del certificado del SIAFP (fl. 180).

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien se corrobora que el actor el 11 de febrero del 2000 efectuó su vinculación a la AFP Porvenir por medio del certificado del SIAFP (fl. 180), con lo anterior no se cumple con los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, como quiera que solo fue allegado al plenario copia del formulario de afiliación suscrito por el demandante el 9 de junio de 2007 cuando retorno a Porvenir S.A. después de haber estado afiliado a la AFP Horizonte (fl. 179),

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pero no se encuentra la solicitud de vinculación inicial suscrita el 11 de febrero del 2000. Por lo anterior no se cumplió con la carga probatoria para estos efectos, pese a que se ratifica la efectividad de la afiliación mediante el historial de vinculaciones, no es suficiente para acreditar que fue firmado efectivamente por el actor y analizar el consentimiento vertido en el formulario ausente que se pretendía analizar en el presente caso.

Se debe tener en cuenta que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo de pensiones, al cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989², para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

² *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, puesto que no allegó la solicitud de vinculación diligenciada por el actor, toda vez que en el plenario no obra el formulario de afiliación inicial, tampoco acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 21 años para alcanzar la edad de pensión. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), y es por esto, que el deber de información comprende todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, pues las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus usuarios una información completa, verificable y comprensible.

Se resalta que si bien existe diferencia entre ineficacia y nulidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL 4360, SL 1688 y SL 3464 de 2019, que al no haber previsto el legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por analogía el mandato previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna el régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

Igualmente, no es de recibo el argumento de traslado entre administradoras del mismo régimen para pretender convalidar con esa actuación la decisión del cambio de régimen pensional. La Corte Suprema de Justicia en sentencia *SL 3349 del 28 de julio de 2021*, precisó;

"de esta suerte, en la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

administradoras, sin que tal evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores”

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP Porvenir y Colfondos S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”*, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008³), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁴).

Si bien, los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la ley 1328 de 2009, sin embargo con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado, es

³ “Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:

[...]

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

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

⁴ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la AFP tiene que asumir los deterioros del bien administrado mediante la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y demás valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, como quiera que la ineficacia se generó como consecuencia de la conducta desplegada por el fondo de pensiones al incumplir con el deber de información a su cargo.

Así mismo, respecto a lo afirmado por Colpensiones sobre la exigencia de una prueba desproporcionada como la asesoría documentada a cargo de las AFP, se reitera que el deber de información es una obligación que existía desde la creación del sistema de seguridad social y que en virtud de la inversión de la carga de la prueba, le corresponde a la administradora de pensiones aportar el material probatorio que de cuenta de ello, sin limitar el medio de prueba que se pretenda hacer valer en su defensa. Resulta prudente traer a colación la sentencia *CSJ SL 3871 del 25 de agosto de 2021*, la cual precisó;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"

En atención a la solicitud de Colfondos S.A. de revocar la condena en costas impuesta en primera instancia, debe decirse que con base en el artículo 365 del Código General del Proceso⁵, procede la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso.

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

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

⁵ Art 365. "En los procesos y en las actuaciones posteriores de aquellos en que haya controversia sobre la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le **resuelva desfavorablemente en el recurso de apelación**, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá el día 26 de mayo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

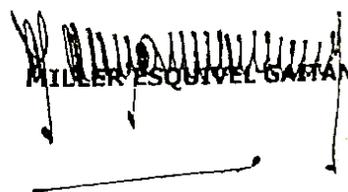
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN