



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 018-2017-00554-02

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: JOSE BENJAMÍN ROMERO ALVARADO
DEMANDADO: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS-INDEGA
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 18º Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JOSE BENJAMIN ROMERO ALVARADO**, instauró demanda ordinaria laboral contra la **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS**, debidamente sustentada como aparece a folios 2 y 13 del expediente con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** la existencia de una única relación laboral con la compañía demandada, vigente entre febrero de 1990 y el mes de febrero de 2015.
2. **DECLARAR** la simulación de la forma de terminación del contrato de trabajo, desvirtuando el supuesto despido por mutuo acuerdo y reconociendo en su lugar que el vínculo finalizó sin justa causa.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSA-INDEGA** al pago de la indemnización por despido injusto, en los términos previstos en la Ley 50 de 1990.
2. **CONDENAR** a pagar los intereses moratorios e indexación sobre las sumas adeudadas.
3. Costas procesales.

4. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Contestó la demanda: **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSA-INDEGA**, tal como se advierte del escrito que obra de folio 94 a 125, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, y se evidencia del auto de fecha 13 de septiembre de 2018, visible a folio 233 del expediente digital,.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 18° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia de 20 de abril de 2021, **DECLARÓ** que entre el señor **JOSÉ BENJAMIN ROMERO ALVARADO**, como trabajador y la sociedad **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.**, como empleadora, existieron tres contratos de trabajo, bajo las siguientes modalidades, cargos y extremos temporales:

1. **Contrato de aprendizaje**, para desarrollar el cargo de Auxiliar Contable, por el periodo comprendido entre el 19 de febrero de 1990 y el 18 de agosto de 1992.
2. **Contrato de Trabajo a Término Indefinido**, para desarrollar el cargo de Auxiliar II Contable, por el periodo comprendido entre el 8 de marzo de 1993 y el 16 de mayo de 1996.

3. **Contrato de trabajo a Término Indefinido**, para desarrollar inicialmente el cargo de Jefe de Contabilidad, seguidamente, Contralor, Jefe de Servicios Financieros, Jefe de Administración, y finalmente Gerente de Administración Comercial, por el periodo comprendido entre el 22 de mayo de 1996 al 12 de febrero de 2015, el cual terminó por mutuo consentimiento entre las partes.

Así mismo **ABSOLVIÓ** a la compañía llamada a juicio de las restantes pretensiones. **DECLARÓ** probada la excepción de transacción y **CONDENÓ** en costas al demandante.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, la parte demandante interpone recurso de apelación:

CONTRATO DE TRABAJO y TRANSACCIÓN: insiste que a pesar que existieron liquidaciones parciales de los contratos y que la entidad demandada adujo que las empresas filiales eran terceros ajenos, se presentó una relación laboral sin solución de continuidad entre las partes desde el año 1990 y el 2015. Señalo que el Juzgado de Primera Instancia, desconoció la certificación emitida por la sociedad Humanos Servicios en Asesoría Temporal, y las restantes pruebas, tales como el reloj que exhibió en el interrogatorio de parte y que le fue otorgado con ocasión a su más de 20 años de trabajo para la compañía, la certificación de recursos humanos y los testimonios, declaraciones estas que dieron cuenta de su vinculación con la sociedad accionada desde el año 1990.

Adicionalmente expreso que se vio obligado a firmar el acuerdo de transacción, situación que quedo probada del testimonio rendido por el señor Alberto Ramírez, al indicarse que no tenía otra posibilidad más que recibir la bonificación, por lo tanto el retiro se presentó por invitación o requerimiento de la demandada, configurándose en su concepto un despido, situación que a su vez genera el pago de la indemnización teniendo en cuenta la totalidad de tiempo laborado.

CONSIDERACIONES:

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el apoderado del

demandante le mereció reproche, de conformidad con el principio de consonancia establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S.

En los términos atrás expuestos, para la Sala la controversia a que se contrae el recurso de apelación se concreta en la determinación de la condición contractual del demandante, pues alega el recurrente que existió un solo vínculo laboral entre el 15 febrero de 1990 y el 12 de febrero de 2015, con INDUSTRIA NACIONAL DEL GASEOSAS INDEGA SA, el que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa.

Antes de adentrarnos a resolver el problema jurídico planteado cabe mencionar, que en el presente asunto no existe discusión frente a los siguientes supuestos facticos:

* Que el demandante suscribió un contrato de aprendizaje con la compañía INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A., el que estuvo vigente entre el 19 de febrero de 1990 y el 18 de agosto de 1992 (folio 127).

* Así mismo que el señor JOSE BENJAMIN ROMERO ALVARADO celebró un contrato de trabajo con la compañía INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A., para desempeñar el cargo de Auxiliar II de contabilidad, acuerdo que inicio el 8 de marzo de 1993 y finalizó el 16 de mayo de 1996 por renuncia del trabajador (folios 128-131).

*El 22 de mayo de 1996, el actor suscribe un nuevo contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad convocada a juicio, para desempeñar el cargo de jefe de contabilidad, funciones que variaron durante la vigencia del mismo, pues con posterioridad paso a desempeñar el cargo de contralor (folio 165), jefe de servicios financieros (folio 176), jefe de Administración (folio 179) y gerente administración (folio 193).

*El anterior contrato lo celebró el demandante con la compañía MANANTIAL S.A.; el 01 de septiembre de 1997 se perfecciono la fusión de las sociedades MANANTIAL S.A. y PANAMCO INDEGA S.A (folio 153); el 01 de julio de 2002, se presentó un sustitución patronal entre Panamco Colombia S.A. y Embotelladora Román S.A. (folio 175), mientras el 1 de septiembre de 2006, embotelladora Román S.A. cedió el contrato del actor a Industria Nacional de Gaseosas S.A.

(folio 189), el que finalmente fue terminado el 12 de febrero de 2015, en virtud de un acuerdo transaccional.

Ahora, es bien sabido que el contrato de trabajo, se caracteriza por ser consensual, bilateral, conmutativo, de tracto sucesivo y oneroso, ello de conformidad con la definición enunciada en el artículo 22 del C.S.T, y los elementos para su configuración, establecidos en el artículo 23 del mismo precepto jurídico.

Luego, en atención a esas características el empleador goza de libertad para escoger la modalidad de vinculación que más le convenga de acuerdo a las particularidades que afronte, o que las dos partes, en cierto momento de la relación, decidan libre y voluntariamente, terminarla para empezar otro vínculo o para modificar el ya existente, empero ello no puede ir en contravía de los derechos mínimos de los trabajadores y preceptos jurídicos que regulan la materia.

Por otra parte, el artículo 1602 del Código Civil, establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o causales legales.

A lo que se agrega que la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL15610 de 2016, expuso:

“Es indiscutible que el marco jurídico que regula las relaciones laborales, está previsto que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. En ese orden, la Sala ha dicho que los empleadores tienen la «libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...» (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 54003 y CSJ SL8693-2014).

Así las cosas, realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, tenemos tal cómo se reseñó en líneas anteriores, existe certeza de la suscripción de tres contratos de trabajo, el primero de aprendizaje y los restantes a término indefinido.

Ahora, al revisar cada uno de los contratos mencionados, se evidencia que aquel suscrito entre el 19 de febrero de 1990 y el 18 de agosto de 1992, finalizó por “*termino de contrato*”, según da cuenta la liquidación que obra a folio 127, mientras el segundo cuya vigencia se presentó desde 08 de marzo de 1993 y el 16 de mayo

1996, culminó por renuncia del trabajador, para luego suscribir un tercer contrato de trabajo.

Por lo que considera que la modalidad de vinculación fijada por empleador y aceptada por el trabajador, cuya terminación obedeció inicialmente por vencimiento del plazo fijo pactado, luego por renuncia y finalmente por mutuo acuerdo, impiden la declaratoria de un solo contrato de trabajo, como lo pretende la parte actora, en la medida que al caracterizarse estos acuerdos por ser bilaterales y consensuales, y dado que en el caso del demandante medio la voluntad de las partes, en cuanto a finalizar una relación de carácter laboral, para dar paso a una nueva, descarta la posibilidad de declarar un contrato de trabajo desde febrero de 1990 hasta febrero de 2015, son solución de continuidad.

A lo que se agrega que al no demostrarse por parte del actor, que al momento de la celebración, firma o suscripción de los diversos contratos de trabajo, se hubiese presentado algún vicio en su consentimiento, para restarle validez o dejar sin efectos los mismos, sino por el contrario cada uno gozó de esa presunción de legalidad, no hay lugar a variar o modificar la modalidad o naturaleza del contrato que unió a las partes en litigio, pues se repite se trata de acuerdos de voluntades, que no afecto ningún derecho del trabajador, ni violo norma o precepto jurídico alguno.

Luego de lo anterior, entiende la Sala que le correspondía al demandante, a la luz de lo establecido en el artículo 167 del C.G.P, aplicado por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T y S.S., probar ese vicio en el consentimiento, situación que no aconteció, tan es así que ni siquiera en el escrito de demanda, hace alusión a algún engaño, fuerza o dolo durante la suscripción y terminación de los dos primeros contratos mencionados.

Adicionalmente, y como otro argumento para negar la pretensión enunciada, es conocido que el Artículo 24 del C. S. del T. dispone que "*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*". No obstante, esta mera presunción, no tiene la virtualidad de dirimir por sí misma la contienda, sino que comporta una mera ventaja probatoria, resultando por demás desvirtuable a través de los medios de prueba que tenga a su alcance la pasiva, por lo tanto, si bien el actor no tiene por obligación demostrar la subordinación y continuada dependencia, si le resulta exigible el deber de acreditar la prestación personal del servicio

En ese orden de ideas, incumbe al demandante demostrar la prestación personal del servicio y a la demandada desvirtuar la presunción del ya mencionado Artículo 24 del C. S. del T., es decir, que las partes corren con la carga de la prueba en los términos y condiciones ya mencionadas, previstas en el artículo 167 del Código General del Proceso y sin perjuicio de las presunciones legales aplicables a la materia.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicado SL 6621 de 2017, ha expresado:

“Vale la pena recordar, al igual que lo hizo el juez plural, que como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.”

Así las cosas, en el caso del actor no existe prueba dentro del plenario que demuestre, que la prestación personal del servicio se presentó sin solución de continuidad desde el 19 de febrero de 1990 hasta el 12 de febrero de 2015, por el contrario nótese que el primer contrato finalizó el 18 de agosto de 1992 y el segundo inicio 08 de marzo de 1993, existiendo una interrupción de más de cinco meses; en tanto entre el segundo y el tercer contrato, la interrupción fue de seis días.

Ahora si bien, se aportó una certificación expedida por la SOCIEDAD HUMANO'S S.A. en la que se indica que el actor trabajó para dicha compañía desde el 13 de noviembre de 1992 hasta el 6 de marzo de 1993, por medio de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, en el cargo de auxiliar contable, función que desempeñó en las instalaciones de PANAMCO INDEGA S.A., no por ello se encuentra probada la prestación personal del servicio del demandante a favor de la compañía llamada a juicio durante dichos extremos temporales, toda vez que esta constancia, no da cuenta bajo qué condiciones se desarrolló ese contrato y

si esa actividad la ejecuto a favor de la pasiva, por el contrario permite entender que el beneficiario del servicio lo fue HUMANO´S S.A.

A lo que se agrega, que en caso de aceptarse, que el servicio fue prestado por el accionante a INDEGA S.A., durante las fecha indicadas en la certificación citada en líneas anteriores, nótese que este documento, señala como calenda de inicio de labores el 13 de noviembre de 1992, en tanto el primer contrato que celebró el actor con la accionada finalizó el 18 de agosto de 1992, existiendo aun así interrupción de más de dos meses, por lo que no podemos hablar de un solo vínculo laboral, razón por la cual se confirmara en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en relación con la causa de terminación del último contrato de trabajo firmado, el que estuvo vigente desde el 22 de mayo de 1996 hasta el 12 de febrero de 2015, tenemos que según acta de transacción este fue finalizado por mutuo acuerdo, empero el demandante aduce que se vio obligado a suscribir el citado documento, por lo que no surtió efectos.

Para resolver el anterior cuestionamiento, se considera que la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un eventual pleito. Así mismo, para su validez no requiere la aprobación o el aval del Juez, pues basta con que las manifestaciones se hagan en forma consciente y libre de apremio, sin vulnerar derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, para que la misma surta sus plenos efectos legales, como lo prevé el artículo 15 del C.S. T.

Por ende, la transacción al igual que cualquier otro acuerdo de voluntad, una vez celebrado se convierte en una Ley para las partes, que solo puede ser desconocida una vez se declare judicialmente su nulidad o su ineficacia.

En materia laboral, tal declaratoria de nulidad o ineficacia procede en la medida que se demuestre que el consentimiento expresado por uno de los contratantes estuvo viciado de error, fuerza o dolo, o la existencia de un objeto o causa ilícita derivadas del desconocimiento de los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

Luego entonces, existen unos parámetros cuyo cumplimiento es indispensable para que proceda la aprobación de la transacción, esto es, que: (i) exista entre las

partes un derecho litigioso eventual o pendiente de resolver; (ii) el objeto a negociar no tenga el carácter de un derecho cierto e indiscutible; (iii) el acto jurídico sea producto de la voluntad libre de las partes, es decir, exenta de cualquier vicio del consentimiento, y (iv) lo acordado genere concesiones recíprocas y mutuas para las partes, eso sí, en tratándose de asuntos laborales, que no sean abusivas o lesivas de los derechos del trabajador.

Frente al tema objeto de discusión, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Rad. 55918 de 2017, ha manifestado que la renuncia de un trabajador debe ser totalmente autónoma y voluntaria para ser válida. Además, que se considera ilegal la conducta del empleador cuando coacciona, exige o solicita la renuncia del trabajador:

“De lo anterior fluye que la renuncia presentada como resultado de la irresistible presión ejercida por el empleador, es una declaración de voluntad que adolece de un vicio del consentimiento¹, por tanto no ha de producir efectos²; es decir, para ser más exactos en esta oportunidad, conforme al artículo 1740 del CC, el acto es nulo y, al ser declarada judicialmente nula la renuncia, en los términos del artículo 1746 ibídem, las partes tienen el derecho «para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...», lo que equivale concluir que el contrato de trabajo no finalizó a consecuencia de la nulidad de la renuncia.”

En el presente asunto las partes suscribieron contrato de transacción el 12 de febrero de 2015, mediante el cual acordaron poner fin a la relación laboral con el pago de \$229.230.879 como bonificación extraordinaria con el fin de prevenir cualquier litigio (folio 214-215).

Luego de lo anterior, como quiera que el demandante pretende se le reste efectos al mencionado acuerdo, le corresponde a éste, a la luz de lo establecido en el artículo 167 del C.G.P, aplicado por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T y S.S., probar ese vicio en el consentimiento.

Al revisar el material probatorio allegado al plenario, ningún medio da cuenta de vicio alguno en el consentimiento, que dice el demandante ejerció el empleador

¹ ARTICULO 1508. <VICIOS DEL CONSENTIMIENTO>. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo.

² ARTICULO 1502. <REQUISITOS PARA OBLIGARSE>. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

sobre él para firmar el acuerdo transaccional, en la medida que los únicos documentos aportados fue un "ACUERDO DE TRANSACCION", conciliación celebrada ante el Ministerio del trabajo, liquidación final, constancia de aportes al sistema de seguridad social integral, certificados laborales, comunicaciones internas, renuncia y comprobantes de pago (folio 14-42).

Por el contrario se logra evidenciar que, además de la transacción, el 06 de marzo de 2015, las partes celebraron una conciliación ante la Inspección de Trabajo RCC8 en el que se estipuló el pago de \$208.193.221, que incluía una bonificación por retiro voluntario y acreencias laborales, así como un descuento por \$40.103.332, corroborándose aún más su voluntad de finalizar el vínculo laboral (folio 17).

Adicionalmente, se escuchó el testimonio del señor ALBERTO RAMÍREZ PIZARRO, quien trabajo para Indega hasta el año 2016, como gerente de Desarrollo Social y Laboral, y quien además manifestó que participó y converso con el actor, durante el trámite negociación: *"la compañía invito a varias personas a retirarse por razones de su estructura interna, de su nivel operativo y sus situación de negocio en ese momento, entre ellos estaba Benjamín, y digamos que el diseño que nosotros hacíamos del proceso, era ofrecerle a las personas algo que estuviera por encima de lo que la ley les asignaría, en caso de que la compañía fuera la que tomara la decisión y una serie de beneficios adicionales, un trato muy favorable para la persona desde el punto de vista económico, pero sobre todo muy respetuoso y muy humano, pues básicamente era el modelo que desarrollábamos, en el caso de Benjamín en particular, el hablo con su jefe en su momento, eso fue hacia febrero, comienzos de febrero de 2015, su jefe era una persona mejicana y digamos que no dominaba mucho los temas específicos de cómo se estructuraba el acuerdo y entonces me pidió el favor de que yo le atendiera, entonces hablaron con Benjamín, él ya estaba empapado de cómo era la oferta y como eran las ofertas de la compañía y simplemente lo que tenía era como unas dudas que necesitaba absolver, entonces estuvimos conversando, fue un proceso bastante largo, que empezamos a principios de febrero y se cerró finalmente a mediados de marzo, en el proceso él hizo muchos pedidos, digamos que había un plan estándar para todas las personas que participaban en el proceso y nosotros siempre procurábamos por razones de equidad pues mantenemos allí, sabíamos que estábamos por encima de lo que legalmente desde el punto de vista económico les correspondía, pero todos bajo las mismas reglas, por eso procuramos mantener a todas las personas que participaban o*

estaba involucradas en el proceso, en el mismo punto, sin embargo atendíamos que las personas hacían pedidos particulares, por decir algo, Benjamín pidió que le dejaran el computador que él tenía asignado, entonces yo dije, déjeme Don Benjamín yo averiguo, hablo con el área de sistema que disponibilidad hay, pero es un computador viejo, segundo es un computador arrendado, no es propiedad de la compañía y tercero, tiene todo el software de la compañía, entonces en realidad ni le va servir mucho, ni tampoco es fácil para nosotros, es más fácil, ayudarle de otra manera y que él se compre un equipo portátil, Benja mira no se puede por estas razones, pero te podemos ayudar de otra manera, hizo otros pedidos, él tenía una duda porque su contrato de aprendizaje, y él decía que mi antigüedad era esta, tu trabajaste todo este tiempo pero fueron contratos discontinuos (...)"

Así mismo, el mencionado testigo afirmó que inicialmente firmaron un acuerdo de transacción, cuya suma pactada estaba condicionada a una conciliación ante la autoridad administrativa correspondiente, que inclusive después de la celebración de la transacción el demandante continuó con dudas, las que fueron resueltas y además por petición del trabajador fue incrementada la cifra que inicialmente se había pactado. Que el actor, tenía conocimiento de la suma que se le estaba pagando, porque era experto en finanzas y conocía muy bien los procesos de reestructuración, porque participo como negociador en tramites anteriores. Finalmente preciso, que la empresa nunca lo obligo a firmar el acuerdo, por el contrario en caso de que los trabajadores no aceptaran tenían que ser reubicados.

Entre tanto el testigo CARLOS ERNESTO MARTINEZ, quien ingreso a laborar para la compañía el 5 de julio de 2011 y se desempeña en la actualidad como jefe de asuntos judiciales, adujo que la terminación del vínculo laboral que tenía la sociedad con el actor fue por mutuo acuerdo, que conoció el caso del demandante, porque fue quien resolvió las dudas, inquietudes y solicitudes invocadas por el trabajador, que además fue quien elaboró el proyecto de conciliación, el que previo a su firma fue leído por el accionante, sin presentar oposición o inconformidad alguna, ante el conciliador. Finalmente expuso, que el accionante era un conocedor y experto en finanzas y números, además que antes había participado como negociador en procesos similares en los que se daba por terminado por mutuo acuerdo el contrato de otros trabajadores.

Los testigos citados al unísono manifestaron que el contrato fue terminado por mutuo acuerdo, sin que el trabajador fuese obligado a firmar documento alguno,

por el contrario todas la dudas y peticiones fueron atendidas, que además era un profesional experto en finanzas, y que sabía del trámite de negociación, por lo que considera esta Sala que no puede alegar un desconocimiento cuando se trata de una persona que por su profesión y experiencia conocía las condiciones que le ofrecía la empresa.

En conclusión, ningún medio de prueba incorporado al plenario, logró acreditar la falta de capacidad en la celebración del acuerdo, o que el mismo versara sobre objeto o causa ilícita u obtenido con dolo o violencia, para invalidarlo y acceder a las suplicas de la demanda, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de las entidades accionadas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de Abril de 2021, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310501820170055402)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501820170055402)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501820170055402)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 024-2017-00535-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: JESÚS DAVID ORTIZ MONCADA
DEMANDADO: AREAS LIBRES LTDA SEGURIDAD PRIVADA
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 24º Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones, pese a lo ordenado en auto del 22 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JESÚS DAVID ORTIZ MONCADA, instauró demanda ordinaria laboral contra la compañía AREAS LIBRES LTDA SEGURIDA PRIVADA, debidamente sustentada como aparece a folios 3 y 11 del expediente con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la compañía demandada, el que término por causas imputables al empleador.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a la sociedad AREAS LIBRES LTDA, al pago de los salarios dejados de percibir desde el 15 de mayo de 2014 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, como consecuencia del despido indirecto.
2. **CONDENAR** a pagar las cesantías e intereses sobre las cesantías causados desde el 1 de diciembre de 2013 al 15 de mayo de 2014, así como aquellos que se generen a partir de esta última fecha y hasta la calenda en que se ejecute la sentencia.
3. **CONDENAR** al pago de las vacaciones generadas desde el 1 de diciembre de 2013 hasta la fecha en que se profiera sentencia.
4. **CONDENAR** a la sociedad demandada al pago de las primas de servicios que se causaron desde el 1 de diciembre de 2013 hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia
5. **CONDENAR** a la pasiva al pago de horas extras, festivos y dominicales laborados entre el 1 de diciembre de 2013 y el 15 de mayo de 2014.
6. **CONDENAR** al pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión que se causaron desde el 15 de mayo de 2014 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.
7. **CONDENAR** al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, así como de la sanción por no consignación de cesantías e indemnización por despido injusto
8. Indexación de las sumas adeudadas.
9. Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

AREAS LIBRES LTDA, contestó demanda a través de curador ad-litem, tal como se advierte del escrito que obra de folio 45 a 49, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo la excepción de prescripción, y también se evidencia del auto de fecha 1 de abril de 2019, visible a folio 50 del expediente.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia de 22 de junio de 2021, **DECLARÓ** que entre el señor JESUS DAVID ORTIZ MONCADA y la sociedad AREAS LIBRES LTDA, existió un contrato de trabajo vigente desde el 01 de diciembre de 2013 y el 15 de mayo de 2014, en virtud del cual desempeño el cargo de guarda de seguridad, devengando como salario una suma igual a \$858.000. **CONDENÓ** a la sociedad convocada a juicio a favor del demandante los aportes al sistema de seguridad social en pensiones junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 que corresponden al periodo comprendido entre el 01 al 15 de mayo de 2014, tomando como IBC la suma de \$858.000, los cuales deberán ser consignados al fondo de pensiones que informe el demandante se encuentre afiliado actualmente o en su defecto a la AFP PROTECCIÓN. **ABSOLVIÓ** a la pasiva de las demás pretensiones. **DECLARÓ** probada de manera parcial, la excepción de prescripción y **CONDENÓ** en costas a la entidad demandada.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, la parte demandante interpone recurso de apelación:

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN: Insiste la parte demandante en que este medio exceptivo no afectó sus prestaciones sociales, en la medida que el 18 de septiembre de 2014, citó al empleador ante el Ministerio del Trabajo, para obtener el reconocimiento de las acreencias laborales, pero ante su incomparecencia se levantó acta de no conciliación, mientras que la demanda fue radicada el 15 de septiembre de 2017 y notificada el 12 de diciembre de esa misma anualidad por lo que no transcurrió el termino trienal previsto en nuestro ordenamiento procesal laboral.

CONSIDERACIONES:

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el apoderado del demandante le mereció reproche, de conformidad con el principio de consonancia establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S.

En los términos atrás expuestos, para la Sala la controversia a que se contrae el recurso de apelación se concreta en determinar si la excepción de prescripción afectó las acreencias laborales solicitadas por el actor.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante JESUS DAVID ORTIZ MONCADA, suscribió un contrato de trabajo con la sociedad AREAS LIBRES LTDA, vigente desde 1 de diciembre de 2013 y el 15 de mayo de 2014, en virtud del cual desempeñó el cargo de guarda de seguridad, con una asignación de \$858.000., en la medida que así quedo definido en la sentencia de primera instancia, sin que haya reparo alguno frente a estos supuestos fácticos.

Pese a que el juez de primera instancia declaró la existencia del contrato de trabajo, consideró que frente a las acreencias laborales que se causaron en vigencia de esa relación laboral, se vieron afectadas por la excepción de prescripción.

Así las cosas tenemos, los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P.L., regulan en su integridad lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales, indicando que las acciones derivadas de los mismos prescriben en tres años, contados a partir de que la obligación se hace exigible. Término que se interrumpe por una sola vez por un lapso igual, con el simple reclamo del trabajador recibido por el empleador, sobre un derecho o una prestación debidamente determinados.

Frente al tema, nuestro máximo órgano de cierre en las sentencias SL 4222 de 2017 y SL 219 de 2018, expresó:

“En las materias del derecho del trabajo y la seguridad social, sabido es, como ya se recordó por la Corte en la sentencia atrás citada, que son dos los preceptos que de manera general y con el carácter de orden público reglan la prescripción extintiva de la acción o del derecho: los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social: el primero, en lo correspondiente a los derechos regulados en ese cuerpo normativo y, el segundo, en lo que tiene que ver con el ejercicio de las acciones que emanan de las leyes sociales. Pero es importante subrayar que ambas disposiciones contemplan una prescripción trienal cuyo término de consolidación empieza a correr desde la ‘exigibilidad’ de la respectiva obligación. También en ambas no basta para la pérdida o extinción

del derecho el simple paso del tiempo previsto en la ley, sino que se requiere, además, la inactividad en el derecho o en el ejercicio de la acción durante ese mismo tiempo, pues a decir de la segunda disposición, la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual. De ese modo, la prescripción extintiva de acciones y derechos en estas materias opera atada no solamente al transcurso de un tiempo de inactividad previsto en la ley, con la posibilidad de ser interrumpido mediante una reclamación formal y singularizada, sino también, a la de la 'exigibilidad' de la obligación demandada, entendida ésta como la posibilidad de hacerse efectiva o ejecutable sin necesidad de advenimiento de hecho alguno, pues cuenta con la característica de ser pura y simple; o porque estando sometida a plazo o condición, se ha producido el fenecimiento de aquél o el cumplimiento de ésta. La exigibilidad de la obligación apunta, adicionalmente, a su ejecución instantánea o a su desarrollo en un lapso de tiempo determinado o indeterminado, calificándose en la primera situación la obligación como de 'tracto único', en tanto que en el segundo caso como de 'tracto sucesivo'"

Realizadas las anteriores precisiones y al aplicarlas al asunto de marras, tenemos que el actor reclama las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones, consecuentemente el pago de la sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria, con ocasión al contrato de trabajo vigente desde 1 de diciembre de 2013 y el 15 de mayo de 2014. Sin embargo, se considera que en nada erró el Juez de Primera Instancia, en declarar probada de manera parcial la prescripción, sobre las acreencias anteriormente mencionadas, en la medida que tomando el extremo final de la relación laboral, esto es, 15 de mayo de 2014, el actor contaba con tres años para interrumpir este fenómeno jurídico ya sea con el simple reclamo dirigido al empleador o con la presentación de la demanda, situación que no ocurrió, tal como pasa a enunciarse:

Al revisar el material probatorio, no percata esta Corporación que el trabajador previo a la presentación de la acción ordinaria hubiese requerido al empleador en el pago de las prestaciones sociales y vacaciones, en consideración a que si bien obra una certificación expedida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC 1, en la que se indica que el Representante de la compañía accionada no compareció a la diligencia, este documento no puede entenderse como signo de interrupción del medio exceptivo, toda vez que se desconoce si la citación fue entregada o remitida a la entidad convocada, a la dirección que figura en la Cámara de Comercio, por lo que no

se tiene certeza si el empleador tuvo conocimiento de la diligencia administrativa, pues no se allegó documento alguno que acreditara la notificación

Ahora, si bien la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL685 de 2017, precisó que la reclamación de una prestación manifestada de manera concreta ante un funcionario conciliador y su consiguiente consignación en el acta respectiva, surte los efectos de interrupción de la figura jurídica en mención, empero siempre que la citación, sea transmitida de manera efectiva a la empresa demandada:

“Aunado a lo anterior, de acuerdo con los documentos de folios 39 a 41, la anterior reclamación fue transmitida efectivamente a la empresa demandada, pues los respectivos oficios contienen un sello de recibido. Esa conclusión se deriva también del hecho de que el representante legal de la sociedad asistió a la audiencia de conciliación (fol. 44), de manera que, resulta indudable, la empresa sí recibió el reclamo escrito del trabajador y, de otro lado, los derechos discutidos en el proceso sí fueron debidamente determinados en el mismo.

Resta decir que esta sala de la Corte ha sostenido que el simple reclamo escrito que exige la ley para interrumpir la prescripción no está sometido a formalidades precisas, de manera tal que el que se transmite al empleador a través de centros de conciliación resulta válido para esos efectos.”

De esta forma y tal como se enunció, como quiera que no existe prueba que al empleador se le haya puesto en conocimiento la citación ante el centro de conciliación, encaminada a obtener el reconocimiento y pago de los derechos laborales, se entiende que no hubo interrupción de la prescripción, sin que tal presupuesto se hubiese surtido a través de la presentación de la acción ordinaria, ya que fue radicada el 15 de septiembre de 2017, es decir, después de transcurrido el término trienal establecido en la legislación laboral, contados desde la fecha de finalización del vínculo, por lo resulta claro que los derechos laborales mencionados se vieron afectados por el precitado medio exceptivo.

En atención a las consideraciones antes expuestas, la sentencia de primera instancia será CONFIRMADA.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fijense como agencias en derecho la suma equivalente a doscientos mil pesos -\$200.000-y a favor de la entidad accionada; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de junio de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a doscientos mil pesos -\$200.000-; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

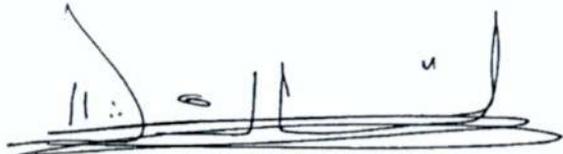
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502420170053501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502420170053501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502420170053501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 31-2021-00017-01

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: LUZ STELLA ROJAS CALA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A
VINCULADO: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO
PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado LUIS ALEJANRO TAPIAS QUINTERO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.015.436.556 de Bogotá y tarjeta profesional 287.154 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, conforme poder allegado vía correo electrónico el 14 de febrero de 2022.

El apoderado de la parte demanda (Colpensiones y Porvenir SA) y el apoderado de la parte demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 3 de febrero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **LUZ STELLA ROJAS CALA** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada (fls. 1 a 9 del documento 001 del expediente digital) y subsanación de la demanda (fls. 5 a 11 del documento 004 del expediente digital) conforme a auto del 21 de enero de 2021 (Documento 003 del expediente digital), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES

Declarativas:

1. Que se declare la ineficacia del traslado efectuado por la señora Luz Stella Rojas Cala el día 11 de diciembre de 1995 ante la sociedad administradora de Fondos de pensiones y cesantías Invertir Organismo Cooperativo, hoy Porvenir SA.
2. Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dicha afiliación, se declare la ineficacia de la posterior afiliación efectuada por la señora Luz Stella Rojas Cala el día 18 de agosto de 2006 ante la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Horizonte, hoy Porvenir SA.
3. Que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dichos traslados, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tener entre sus afiliados a la señora Luz Stella Rojas Cala en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiese trasladado.
4. Que como consecuencia de lo anterior, ordenar el regreso de la señora Luz Stella Rojas Cala al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros,

cuotas de administración, bono pensional que haya a lugar y actualización de su historia laboral.

Condenatorias:

1. Que condene al fondo Porvenir SA, al que actualmente se encuentra afiliada la demandante, a devolver todos los aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración a COLPENSIONES.
2. Que se condene a COLPENSIONES a recibir todos los aportes de la demandante que sean trasladados del fondo Porvenir SA., en el que se encuentra afiliada la demandante.
3. Que una vez efectúe el traslado de todos los aportes del RAIS al RPM, se condene a COLPENSIONES a reconocer la Pensión de Vejez de la señora Luz Stella Rojas Cala a partir del 20 de enero de 2017, bajo los parámetros y condiciones de la Ley 797 de 2003 y el correspondiente retroactivo generado por las diferencias de las mesadas pensionales.
4. Que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a favor de la señora Luz Stella Rojas Cala, a partir del 20 de enero de 2017 hasta la fecha en que se verifique su pago, generados por la demora injustificada en el reconocimiento de la pensión de vejez.
5. Que se condene a la demandada COLPENSIONES a pagar las sumas adeudadas debidamente actualizadas, de conformidad con certificación expedida por el DANE.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho.
7. Que se condene extra y ultra petita.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contestaron la demanda: Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES (Fls. 2 a 19 del archivo 007 del expediente digital). la AFP

PORVENIR SA (Fls.2 a 24 del archivo 010 del expediente digital), de acuerdo al auto del 9 de febrero de 2021 (archivo 005 del expediente digital). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

La demandada Porvenir SA instauró demanda de reconvención en su contestación (Fls. 144 a 147 del archivo 010 del expediente digital), se tuvo por admitida y contestada la demanda de reconvención en Auto del 19 de mayo de 2021, así mismo se ordenó la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales (Archivo 013 del expediente digital).

La demandante contestó la demanda de reconvención (Archivo 011 del expediente digital); el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales contestó la demanda (Fls. 5 a 39 del Archivo 015 del expediente digital).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 31 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de noviembre de 2021, **ABSOLVIÓ** de la totalidad de las pretensiones instauradas por la demandante LUZ STELLA ROJAS CALA a las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR SA., como quiera que el traslado de la demandante fue válido, **CONDENÓ** en costas a la parte demandante en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de COLPENSIONES y medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de PORVENIR SA., **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante en caso de que la sentencia no fuera apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia y solicitó se revoque la totalidad de la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

1. Del deber de información de las AFP.

La apoderada de la parte demandante sustenta su recurso indicando que el *A-Quo* se equivoca en la sentencia de primera instancia al decir que dentro del proceso se probó que hubo una información clara, real y oportuna; argumenta la parte

demandante que el deber de información consiste en dar en un lenguaje claro, comprensible y simple los elementos definitorios, condiciones tanto de un régimen como de otro de manera que la elección se pudiera realizar después de comprender a plenitud las subreglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes del servicio; indicando que esa verdad debe ser objetiva, evitando sobredimensionar lo bueno, faltar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Sostiene que dentro del proceso, con la documental aportada no se prueba que se haya dado dicha información, solicita que se tenga en cuenta como argumento adicional a su recurso de alzada, la sentencia SL68838 de 2019 en la que se ha señalado que los traslados entre regímenes o las diferentes suscripciones adicionales no subsanan ni convalidan la actuación que se vicio desde el traslado; arguye que si bien se suscribió una formulario de afiliación en el 2006, no por ello se puede tener por subsanado el deber de información que incumplió el fondo de pensiones Porvenir al momento de traslado de régimen efectuado en 1995.

Manifiesta la apoderada de la demandante que solo fue hasta el año 2006 en el que la Señora Luz Stella Rojas Cala conoció qué eran los aportes voluntarios e indica que está es una información de la que debió enterarse con anterioridad, al momento del traslado de régimen, y no ya cuando este se había efectuado.

Sumado a lo anterior indica que no se cumplió tampoco con la re asesoría a la demandante, pues como a bien se ha manifestado en jurisprudencia SL3838, así se hubiese dado aquella, no puede subsanar el incumplimiento de la información en qué incurrió la AFP al momento del traslado, pues en ese es donde se juzga el acto jurídico que comprende el traslado del régimen, no con posterioridad.

Alega la parte demandante que, si bien las demandadas allegaron documentación respecto del cumplimiento del deber de información, esta es de fecha del 2006, no de 1995 que es en la que se realizó el traslado de régimen y data esta en la que se debía cumplir con dicho deber; del mismo modo indica que a la señora demandante no se le informó que podía retractarse al momento del traslado, como tampoco se le dio a saber que antes de los 47 años de edad podía regresar al régimen de prima media y que se le hiciera una re asesoría.

Continúa su línea argumentativa sosteniendo que con posterioridad al 2006 fue que se le dio a conocer, por parte de la AFP Porvenir a la demandante, que tenía la posibilidad de hacer aportes voluntarios, como se le expuso una proyección

pensional, pues en la época en que suscribió el segundo formulario de afiliación, en el 2006, no se le informó sobre ello, lo que, a su juicio, muestra que la AFP en el 2006 volvió a incumplir con ese deber al sobredimensionar las características y resaltar las bondades; suma a ello que no se aportó un formulario de re asesoría con esa data de suscripción del segundo formulario donde se demostrara que a ella se le dieron esas características diferenciadoras, de allí deviene en indicar que ello es muestra de que también se incumplió el deber de re asesoría por la AFP Porvenir.

Por otro lado, sostiene la apoderada demandante que las Señora Luz Stella Rojas se pensionó de manera anticipada y se remite a la sentencia 373 para tenerla como base para solicitar una indemnización de perjuicios al citar lo siguiente:

“En el caso bajo examen a Cárdenas Gil, protección le otorgó una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado (igual que la señora luz estela) desde el año 2008, es decir, de manera anticipada y la pensión se financió con el Bono Pensional”

Sostiene que, pese a que con esta jurisprudencia se imposibilita la ineficacia de traslado, lo que se debe resaltar es que la pensión anticipada no se dio por años, sino por un lapso de 10 meses y continúa citando:

“Lo anterior no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no puede obtener su reparación en un principio general del derecho a que el según el cual quien comete un daño por culpa está obligado a reparar, por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información y por ello sufrió un perjuicio en la cantidad de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.”

De lo citado concluye la apoderada que se entiende que no se puede trasladar nuevamente a Colpensiones, pero solicita que se tenga en cuenta que en el presente caso sí hubo una omisión al deber de información y por lo tanto se revoque la sentencia proferida en primera instancia o se declare que sí existió dicha omisión al deber de información por parte de la AFP Porvenir SA.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP INVERTIR, hoy PORVENIR SA, efectuado por el (la) señor

(a) **LUZ STELLA ROJAS CALA** el día 11 de diciembre de 1995; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM; 3. Si se incumplió el deber de información por parte de AFP al momento del traslado de régimen el 11 de diciembre de 1995 efectuado por la demandante.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO, Hoy PORVENIR S.A., el 11 de diciembre de 1995 (fl. 26 del archivo 010 del expediente digital).

Así mismo, no hay asomo de duda que la AFP PORVENIR SA le reconoció pensión de vejez anticipada a la demandante, la señora LUZ STELLA ROJAS CALA a partir del 10 de febrero de 2017, y actualmente se encuentra bajo la modalidad de retiro programado con una mesada pensional de \$2.204.976, conforme la certificación expedida por la AFP Porvenir SA el 15 de abril de 2021.

En ese sentido, no debe dejarse de lado el status de pensionada que adquirió la demandante en el año 2017, ello obedece, como bien se ha expuesto en sentencias como las CSJ SL373 de 2021, SL105 de 2022 y SL463 de 2022, a una situación jurídica ya consolidada, a un hecho consumado del cual, si de los efectos de la ineficacia o nulidad se trataran, no es dable revertir, pues ello devendría en la afectación de derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de tercero de buena fe.

Ahora, referente al alcance de la información suministrada a la parte actora para su traslado de régimen pensional al régimen de ahorro individual, pertinente es de anotar que el deber de información como obligación especial compete a las Administradoras de Fondos de Pensiones *«debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional»*, así lo tiene adoctrinado la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde la sentencia con Radicado **31989** del 9 de septiembre 2008, donde estableció unas obligaciones especiales 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.

Igualmente, la sentencia con radicación 31314 del 09 de septiembre de 2008 el máximo Tribunal adocrinó que se deberá invertir la carga de la prueba, toda vez que la actuación viciada de traslado, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen:

*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.***

*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.***

*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, **no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen;** ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.*

Ahora bien, en sentencia SL 12136 con radicación No 46292 del 3 de septiembre de 2014 indicó «(...) no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica (...)». (Radicado 46292 de 03 de septiembre de 2014).

Por otro lado, en la sentencia en cita adocrinó:

En efecto, es el propio Estatuto de la Seguridad Social el que conceptúa que el régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien propende por «la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector público y sector social solidario», se rige bajo el respeto del «que libremente escojan los afiliados», lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos actores económicos incursionaran en la administración del Sistema Pensional, no descuidó que se honraran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste, que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión.

Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, **es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición**, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En otro sentido, si bien en la sentencia **SL17595-2017** la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó que la nulidad de traslado procedía en casos que afectará la pérdida de régimen de transición, al respecto adoctrinó:

De suerte que COLFONDOS S.A no acreditó que le suministró al promotor del proceso los suficientes datos y explicaciones del traslado respectivo tal y como se expuso en la esfera casacional, máxime que, en este asunto, se reitera, están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.

Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

De lo anterior se precisa necesario traer a colación lo dicho recientemente por nuestro órgano de cierre en sentencia SL105 de 2022 (Rad.81402) respecto a casos que presentan situaciones fácticas similares a las que aquí nos ocupan:

“En sentencia CSJ SL373-2021, la Corte estudió un caso de contornos similares al presente, donde se planteó como uno de los problemas jurídicos determinar si bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, podía la persona regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida estando pensionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el referido fallo se dijo:

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la

afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

También, en la sentencia CSJ SL3707-2021 esta Corporación dejó asentado:

*Así, no andaba desencaminado el sentenciador cuando adujo las consecuencias financieras al sistema que podría acarrear con la declaratoria de ineficacia del traslado, no porque eventualmente fuere masiva, sino porque, **para el caso concreto, ya había efectos económicos que no resultaban reversibles y obrar de manera distinta implicaría afectar a terceros de buena fe**, en este evento en particular, por ejemplo, a la aseguradora con quien se celebró el contrato de renta vitalicia.*

*Y es que **el efecto de la declaratoria de ineficacia, a falta de disposición específica que regule el tema, según lo ha sostenido la Corte, por regla general, no es otro que el señalado en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, dar a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (CSJ SL2877-2020), lo cual, por las razones arriba explicadas, en estos casos, cuando el reclamante tiene la calidad de pensionado y ha percibido las mesadas contratadas**, v. gr. en este evento específico hace ya aproximadamente doce (12) años, **esto no es posible (...).***

(...) En todo caso, es importante aclarar que la citada providencia CSJ SL373-2021, dejó a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, si lo considera pertinente."

En otro giro, teniendo en cuenta que las entidades demandadas propusieron la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, la Sala entrará a su estudio bajo los anteriores supuestos fácticos.

Es de anotar que el derecho pensional nunca prescribe. En el evento en estudio, por tratarse de nulidad de traslado del RPM al RAIS, no obstante, ya haberse reconocido la pensión desde el año 2017 en el RAIS, sin que el beneficiario hubiese procedido a la reclamación sobre la nulidad del reconocimiento de la pensión de contera el traslado efectuado inicialmente dentro del término prescriptivo, dispuesto por la Ley; conforme el Art. 488 CST y el Art. 151 CPTSS, esto es, 3 años contados desde que la obligación se hizo exigible.

En relación con la interrupción de la prescripción establecida en el Art. 488 del CST, se tiene que la misma ocurre extraprocesalmente mediante la presentación escrita del trabajador sobre los derechos determinados.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por **una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho o que el mismo se haya hecho exigible**, o radicar la respectiva demanda en ese mismo tiempo, precisando en todo caso que la excepción de prescripción comenzó a correr a partir del 10 de febrero de 2017, fecha en que le reconoció pensión por vejez anticipada, y promovió demanda el 18 de enero de 2021, concluyendo entonces que dejó transcurrir el límite de 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, lo que acarrea como consecuencia la configuración del fenómeno prescriptivo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

En tal sentido, se reitera que desde el año 2017, la demandante conoció la situación de su pensión al obtener su reconocimiento y vencido el término trienal con que contaba, efectuó reclamación, pretendiendo únicamente la nulidad de traslado.

Así las cosas, no es procedente declarar la nulidad de traslado como lo pretende el recurrente, pues a pesar de que ciertamente configura las condiciones para ello, lo cierto es que el trámite se encuentra afectado con el fenómeno de prescripción, además de tener ya consolidado y reconocido su derecho pensional en el RAI.

Finalmente, vale la pena precisar que el derecho a la seguridad social es un principio universal consagrado en el artículo 48 de la Carta Política, que busca amparar los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que en el presente asunto, al haber sido reconocida la pensión de vejez por parte del RAIS, por lo que dicho riesgo ya fue consolidado en el régimen de ahorro individual, y por tanto ya ingresó en el haber del actor, precisando en todo caso que no se hizo de manera obligatoria, sino que por el contrario, su voluntad iba encaminada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que para la Sala no resulta lógico pretender únicamente la nulidad de traslado, sin que por tanto se hubiese pronunciado o pretenda la nulidad del reconocimiento de la prestación que se hizo efectiva a partir del año 2017.

Es de anotar que si bien el *A-Quo* en sentencia de primera instancia no accede a las pretensiones de la demandante con sustento en lo manifestado en interrogatorio de parte, concluyendo que las AFP demandadas si cumplieron el deber de

información al momento de traslado y que de ello se prueba que al demandante conocía las características del RAIS y recibió la asesoría correspondiente al momento del traslado, debe entenderse que es por las razones expuestas en el presente proveído que se **CONFIRMARÁ** la decisión absolutoria de primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** de las pretensiones instauradas por la demandante Luz Stella Rojas Cala a las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la Sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de noviembre de 2021, pero por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310503120210001701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503120210001701)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503120210001701)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 036-2019-00703-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **YECID PUENTES OSMA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
ASUNTO: **RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDADA// CONSULTA A FAVOR DE
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la mentada entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte accionante como demandada-COLPENSIONES, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 21 de junio 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **YECID PUENTES OSMA**, instauro demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. **DECLARAR** que la pensión de vejez a la cual tiene derecho es compatible con la que actualmente goza como docente de vinculación Nacionalizado, en virtud del artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
2. **DECLARAR** que la Resolución SUB-102128 del 29 de abril de 2019, expedida por COLPENSIONES, mediante la cual negó el reconocimiento de la pensión de vejez, es ineficaz.
3. **DECLARAR** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

1. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 20 de enero de 2019
2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar el retroactivo pensional generado desde la fecha de causación del derecho pensional.
3. **CONDENAR** al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993
4. **CONDENAR** al pago de las sumas adeudadas debidamente indexadas.
5. Costas procesales.

CONTESTACION DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls 72-80 del expediente digital), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito y tal como se corrobora del auto emitido el 9 de septiembre de 2020

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de marzo de 2021, **CONDENÓ** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al señor **YESID PUENTES**, la pensión de vejez a partir del 20 de enero de 2019, en cuantía inicial de \$7.153.742.83 con una mesada adicional por año y los reajustes anuales correspondientes, además ordenó la indexación de las sumas adeudadas. **ABSOLVIÓ** a **COLPENSIONES** de las demás pretensiones, **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción y **CONDENÓ** en costas a la encartada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante y demandada** apeló el fallo de primera instancia

INTERESES MORATORIOS: adujo en síntesis que al realizar una lectura del artículo 128 C.P., así como de la Ley 4 de 1992 y Ley 812 de 2003, resultaba claro que la pensión solicitada era compatible con aquella otorgada por el magisterio, por lo que a su juicio no existe justificación para exonerar del pago de los intereses moratorios, máxime cuando no le es aplicable la Ley 812 de 2003.

Por parte mostró inconformidad frente a la tasa de reemplazo establecida por el A-quo, enunciando que dando aplicación al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y atendiendo el número de semanas cotizadas el monto de la pensión ascendía a 72%, lo que generaba una mesada pensional superior a la determinada por el Juzgado de Primera Instancia.

Entre tanto la parte **demandada**, preciso que el beneficio pensional debía otorgarse desde el mes siguiente al último aporte y no como lo indicó el A-quo, esto es, desde enero de 2019, ya que la última cotización la efectuó para ciclo marzo de la mencionada anualidad, más aun cuando considera que para la liquidación se debe tener en cuenta hasta la última semana de cotización. Expreso que el actor no se encuentra inmerso dentro de las excepciones previstas en la Ley 4 de 1992, para la causación del derecho que reclama, sumado a que su vinculación se presentó antes de la expedición del Decreto 1268 de 2002. Así mismo manifestó que los periodos laborados en el sector público y cotizados al ISS, son utilizados para financiar la pensión. Finalmente señaló, que por disposición del artículo 128 de la CN, nadie puede desempeñar más de un empleo público o percibir doble asignación del tesoro público.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: Sí el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y si la misma resulta compatible con aquella pensión que percibe el actor, por parte del Magisterio.

Previo resolver el asunto, debe indicarse que en el presente asunto no existe discusión que el demandante realizó cotizaciones al RPM, por intermedio de los empleadores INVERS NUEVO REINO G desde el 13 de octubre de 1981 y el 2 de octubre de 1986, COLEGIO ABRAHAM LICONLN desde el 20 de marzo de

1987 al 01 de julio de 1994, ROCHESTER SCHOOL LTD, desde 01 de agosto de 1995 31 de julio de 2009, UNIVERSIDAD ANTONIO NARIÑO desde el 1 de mayo de 2016 al 31 de diciembre de 2018, reuniendo un total de 1716.86 semanas (expediente administrativo). Que la SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTÁ D.C.-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconoció a través del Acto Administrativo n. °4144 del 23 de julio de 2012, una pensión de jubilación, al señor YECID PUENTES OSMA, en cuantía de \$2.053.037, efectiva a partir del 21 de enero de 2012, por el tiempo prestado como docente de vinculación NACIONALIZADO. Que Colpensiones a través de las Resoluciones SUB 102128 del 29 de abril de 2019, negó el derecho pensional que aquí reclama el actor.

Luego, entiende esta Sala de decisión que lo pretendido por el actor es que se proceda a pagar la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, teniendo en cuenta para ello los aportes realizados al sistema, a través de instituciones educativas del sector privado.

PENSIÓN DE VEJEZ

La prestación solicitada, está definida, en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, enunciado como requisitos para su causación, los que se reseñan a continuación, esto es:

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

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

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Frente al requisito de la edad se tiene que, de conformidad con la copia de la cédula incorporada dentro del expediente administrativo, el señor YECID PUENTES OSMA, nació el 20 de enero de 1957, por lo que es claro que la edad

de 62 años, la acreditó el mismo día y mes de 2019, encontrándose demostrado el requisito de la edad.

Ahora, en cuanto al requisito de semanas cotizadas se indica que la Ley dispone como mínimo 1300 semanas de cotización. Por ello, una vez revisada la historia laboral del accionante, se evidencia que cotizó al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, desde el 13 de octubre de 1981 al 31 de diciembre de 2018, para un total de 1.716,86. Por lo que se advierte que, superó el número de semanas exigidas por la legislación enunciada.

Así las cosas, se concluye que solo hasta el 20 de enero de 2019, el actor completó los requisitos para acceder a la pensión de vejez, fecha para la cual ya había finalizado las cotizaciones al sistema general en pensiones, en la medida que la última lo fue para el ciclo diciembre de 2018.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales. Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, en el presente asunto, tenemos que como quiera que el disfrute de la pensión, lo fue a partir del 20 de enero de 2019, y la acción ordinaria fue radicada el 29 de agosto de 2019, no transcurrió el término trienal enunciado, por lo que el fenómeno jurídico en mención, no afectó ninguna mesada pensional.

En este orden de ideas COLPENSIONES, deberá reconocer la pensión de vejez al actor a partir del 20 de enero de 2019, en una suma equivalente a \$7.745.453.65, toda vez que realizadas las operaciones aritméticas, con ayuda del grupo liquidador, atendiendo para ello lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con base a los ingresos cotizados por el asegurado durante los últimos 10 años, se halló un IBL de \$10.826.483.32, suma que resulta inferior a la determinada por el *A-quo*, -\$11.404.022-la cual debe ser reducida en virtud

del grado jurisdiccional de consulta; sin embargo, dado que el tema relacionado con la tasa de reemplazo, fue objeto del recurso de apelación presentado por el accionante, se efectuó el respectivo cálculo siguiendo los parámetros enunciados en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, y tomando para ello la totalidad de las semanas reportadas al sistema, estableciéndose como tasa de reemplazo de 71.5%, lo que arrojó el valor de la mesada ya enunciada: \$7.745.453.65.

Por lo tanto, la sentencia de primera instancia será modificada en el entendido que la mesada pensional asciende a la suma de \$7.745.453.65, ya que aquella tasada por el Juez de Primera Instancia fue de \$7.153.742.83.

INTERESES MORATORIOS.

La Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 adoctrinó:

En relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la doctrina tradicional de la Corte desde la sentencia de 23 de septiembre de 2002, rad. N° 18512, ha sido que deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trataba simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que producía al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tenían carácter resarcitorio y no sancionatorio.

(...)

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Situación que fue reiterada en las sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigeró la postura

referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, **y recientemente en la sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019.**

Bajo los anteriores parámetros, sería del caso proferir condena por intereses moratorios; sin embargo, advierte la Sala que el Juez de Primera instancia ordenó pagar la sumas adeudadas de manera indexada, condena frente a la cual el accionante no mostro inconformidad, pues solo refuto lo referente a los intereses moratorios, por lo que al ordenarse el pago de dicho último rubro, no resulta procedente los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional reclamado, al resultar incompatibles, así lo ha dejado sentado nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en la sentencia n.°46984:

“Al efecto, es conveniente recordar, que si bien es cierto se trata de dos conceptos diferentes, ya que los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, corresponden a una sanción por mora, es decir, por el pago tardío de la prestación que se ha debido cancelar oportunamente en los términos legalmente dispuestos, en cambio la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional. Sin embargo, también lo es, que tales intereses moratorios se pagan a «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago», lo que equivale a una suma considerablemente superior a la corrección monetaria o indexación, que alcanza para cubrir perfectamente la devaluación de la moneda, esto es, que el valor adeudado se «actualice» y mantenga el mismo poder adquisitivo al momento de su pago. De ahí que se entienda, en términos Radicación n° 46984 16 de justicia y equidad, que aplicado el interés moratorio este comprende el valor por indexación.

Por lo anterior y tal como ya se precisó, no hay lugar a acceder a la súplica relacionado con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al haberse emitido condena por indexación, pues de acceder a lo peticionado, de oficio estaría la sala revocando la pretensión concerniente a la actualización de las prestaciones.

COMPATIBILIDAD PENSIONAL

Ahora, sustenta la pasiva la negativa en el reconocimiento de la prestación tanto en el trámite administrativo y como argumento de defensa dentro de la acción

ordinaria, que la citada prestación resulta incompatible con la pensión que reconoce el Magisterio.

Luego, a efectos de analizar la compatibilidad entre la pensión de vejez a la que tiene derecho el aquí demandante con la pensión percibida por el actor en razón al ejercicio de la docencia, esto es, Pensión de Jubilación debemos remitirnos a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993 según el cual, las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se aplican a *“los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*.

En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse¹ para definir que *“los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”*.

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011 y sentencia con radicado n.ºSL 2118 de 2021. *“A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo. Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios “Salesiano San Medardo”, desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y “La Presentación” desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión”*.

En las citadas providencias, dijo la Corte, que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliar a los docentes cuando éstos presten servicios en centros educativos de carácter particular; por el contrario, tales servidores son afiliados forzosos del régimen de prima media con prestación definida, criterio que había sido expuesto por esa Corporación en la sentencia del 19 de junio de 2008 radicación 28164.

De lo dicho por la Corte concluye esta Sala de decisión, que la obligación de realizar aportes al Sistema pensional en asuntos como la que nos ocupa, tiene como consecuencia necesaria y natural el acceso del afiliado a las prestaciones que de ellos se deriven, cuando la Ley dispone expresamente la compatibilidad de prestaciones, y, siempre y cuando, el pago de tales prestaciones no transgreda la prohibición del artículo 128 de la C.N. para devengar doble asignación del tesoro público.

A lo anterior, se agrega lo enunciado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia n.º SL3338-2021, que dispuso:

“En línea con la intelección transcrita, en la providencia CSJ SL2170-2019, esta corporación adoctrino que, de conformidad con el artículo 128 de la CP, se entiende por Tesoro Público el que proviene de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. En ese entendido, se pagan con tales recursos las pensiones de jubilación a cargo de entidades descentralizadas, como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal y, en consecuencia, una pensión de jubilación otorgada por un empleador oficial es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del erario, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante.

Sin embargo, si la pensión de jubilación se concedió únicamente en virtud de servicios prestados al Estado, mientras que la de vejez lo fue por contar con las semanas cotizadas que la ley exige a los trabajadores del sector privado, entonces ambas resultan compatibles, pues esta última, reconocida por el ISS –hoy Colpensiones–, no es una asignación proveniente del Tesoro Público, de manera que la prohibición del artículo 128 de la CP no aplica en este evento (CSJ SL16083-2015 y CSJ SL10671-2016, citadas en CSJ SL4255-2020).

Por ello, es claro que la pretensión hoy reclamada es compatible con la pensión que percibe el demandante por tiempos de servicio público y que fue reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Así mismo, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, prevé:

“(…) Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado. (…)”

Bajo ese entendido, al revisar la historia laboral del demandante advierte el Despacho que la totalidad de cotizaciones efectuadas por este al régimen de Prima Media fueron realizadas en su totalidad por entidades de carácter privado, como son: INVERS NUEVO REINO G, COLEGIO ABRAHAM LICONLN, ROCHESTER SCHOOL LTD, UNIVERSIDAD ANTONIO NARIÑO”. Aunado a lo anterior, como se señaló al inicio de este proveído, la pensión de jubilación le fue concedida por el tiempo servido exclusivamente como docente de vinculación NACIONALIZADO.

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia de primera instancia, en relación con el reconocimiento de la pensión de vejez al actor e indexación.

COSTAS DE SEGUNDA.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia emitida el 16 de marzo de 2021, por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **CONDENAR a COLPENSIONES** a pagar al demandante YECID PUENTES OSMA, la pensión de vejez a partir del 20 de enero de 2019, en cuantía inicial \$7.745.453.65, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMAS la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503620190070301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503620190070301)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503620190070301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2019-00833-01

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ADRIANA CECILIA SÁNCHEZ CARRANZA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP. PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A. y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de diciembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada DIANA MILENA ROMERO VELA, identificada con C.C. No. 1.013.621.444 de Bogotá y con tarjeta profesional No.263.206 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte demandada Porvenir S.A., Colpensiones y la parte demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 25 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Adriana Cecilia Sánchez Carranza instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2 al 20 del expediente digitalizado (Archivo 01 del expediente digital), con subsanación a folios 68 y 69 del expediente digitalizado (Archivo 01 del expediente digital), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

1. Que se Declare la NULIDAD o INEFICACIA del traslado de régimen pensional del demandante ADRIANA CECILIA SANCHEZ CARRANZA, identificada con la C.C. 51.904.095, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado al momento de la afiliación por la AFP PORVENIR efectuada en el mes de noviembre de 1997 por existir un vicio en el consentimiento y al haber incurrido la AFP PORVENIR en omisión al deber legal de Informar.
2. Que se declare que la demandada AFP PORVENIR incurrió en omisión al deber legal de informar a la demandante ADRIANA CECILIA SANCHEZ CARRANZA todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Condenatorias:

1. Que se CONDENE a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en su calidad de administradora a la cual se encuentra afiliado demandante y a COLPENSIONES, a tramitar de manera inmediata o en un plazo máximo de quince (15) días contados desde la ejecutoria del fallo que ponga fin al proceso, el regreso AUTOMATICO de la señora ADRIANA CECILIA SANCHEZ CARRANZA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por COLPENSIONES.

2. Que se CONDENE a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a tramitar de manera inmediata el TRASLADO a COLPENSIONES Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de los valores de la cuenta de Ahorro Individual de la señora ADRIANA CECILIA SANCHEZ CARRANZA, correspondiente a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez.

3. Que se CONDENE a las demandadas, a lo que ultra y extra Petita resulte probado dentro del proceso.

4. Que se CONDENE a las demandadas al pago de las Costas y Agencias en Derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: Porvenir S.A. (fls. 1 a 23 del archivo 02 de la carpeta 05 del expediente digital) y Colpensiones (Archivo 02 de la carpeta 04 del expediente digital) de acuerdo al auto del 9 de septiembre de 2020. Colpensiones y Porvenir se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 39 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 06 de diciembre de 2021, **DECLARÓ** que el traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro a la AFP Porvenir S.A. con efectividad a partir del 01 de enero de 1998 es ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo que se deberá entender que la demandante, la señora Adriana Cecilia Sánchez Carranza, jamás se separó del régimen de prima media; **CONDENÓ** a Porvenir S.A., a que transfiera todas sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos y las comisiones por administración, estas debidamente indexadas, sin que le sea dable realizar descuento alguno por dineros que haya pagado por seguros previsionales, esto es, por pensión de invalidez, de sobrevivientes y para la garantía de pensión Mínima, todo con destino al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES; **ORDENÓ** a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad;

DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; **INFORMÓ** a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones judiciales en contra de PORVENIR S.A., para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz; **CONDENÓ** a Porvenir S.A., al pago de las costas, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma \$1'890.000, las cuales deberán ser pagadas por partes iguales; **ORDENÓ** la consulta de la decisión con el superior por resultar adversa a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y del deber de información de la AFP:

Argumenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL1688 del 2019 y SL1977 del 2017, entre otras, ha definido que existen 3 etapas en el deber de información, las que se caracterizan porque las subsiguientes van adicionando nuevas obligaciones. Se refiere a que, en el caso objeto de debate, el traslado se dio en el año 1997, por lo tanto, el deber de información que era aplicable para el momento era un deber de información de estirpe tal que le permitiera al afiliado conocer las características de los dos regímenes pensionales, sin que ello implicara la realización o la manifestación de un deber de información que le dijera o que la llevara o le impidiera o la desestimara para que realizara una vinculación a un determinado régimen pensional.

De ello, indica la demandada, sostener que para esa data existía un deber tal que le conminara a desestimar las afiliaciones que se llegaran a considerar contrarias a los intereses de un determinado afiliado; arguye que, conforme al art. 112 de la Ley 100 de 1993 y las prohibiciones de los arts. 60 y 61 de la misma Ley 100, para la fecha del traslado, dada la situación y características en que se encontraba la demandante, no le era posible negarse a Porvenir negarse a realizar dicho traslado, pues aquella no era mayor de 50 años ni era beneficiaria del régimen de transición.

Sumado a lo manifestado, sostiene que de haberse negado a realizar dicho traslado habría incurrido en una violación del art. 1 de los principios del

sistema general de seguridad social, correspondiente a la Universalidad, como quiera que generaría una barrera de acceso al potencial afiliado a vincularse al régimen de pensiones o al fondo que este quisiera.

En el mismo orden, haciendo referencia a la asesoría prestada por el fondo, manifiesta que el *A-Quo* violó el principio que le prohíbe al operador jurídico hacer distinciones cuando la norma, siendo esta la Ley 100 y Decretos que desarrollan la misma, no las permiten, de manera que, en ese orden de ideas, se pueda sostener que una asesoría grupal, en lugar de una individual, haga que un traslado devenga en ineficaz o no.

Por otro lado, manifestó que al momento en que se realizó en traslado de régimen de la demandante, esta contaba con el 46% de densidad de semanas cotizadas; de haberle negado el traslado con ese fundamento, con posterioridad no le habría sido de recibo, puesto que la Ley 797 de 2003 modificó la densidad y cantidad de semanas de cotización, la tasa de remplazo, la formula con la que se establece el monto de la pensión, entre otros aspectos. Del mismo modo, arguye la demandada, de haber realizado una proyección pensional en esa data, habría generado mayores falsas expectativas a la demandante, sumado a que las asesorías para ese entonces se daban de carácter verbal, de tal forma que solicitarle ello a la demandada desborda toda capacidad de probar con que cuenta la demandada.

En base a lo anterior, sostiene la demandada, que dentro de las pruebas practicadas no se logra determinar que en dicha reunión se haya coaccionado a las personas que se encontraban con la accionante al momento de suscribir el traslado y diligenciar el formulario; de tal forma que, a juicio de la demandada, no existe razón alguna que dé cuenta de cuál fue la vulneración al derecho que tenía la demandante de manifestar su voluntad de traslado de régimen, pues de acuerdo al art. 271 de la Ley 100 de 1993, no existe circunstancia alguna que permita sustentar las pretensiones de la demanda.

2. De la orden a Porvenir S.A. de transferir todos y cada uno de los saldos que se encuentra en la cuenta de individual sin que les sea posible realizar descuento por gastos de administración y primas de seguros previsionales.

Al respecto, la demandada sostiene que existe una imposibilidad para retener las sumas de dinero que se han descontado por gastos de administración y primas de seguros previsionales, a ello sumado un enriquecimiento sin causa, toda vez que devolver esas sumas de dinero es equivalente a indicar que, a o largo del tiempo que ha estado afiliada al RAIS, a la demandante nunca se le cubrieron sus riesgos de invalidez o muerte y que desconocer ese hecho es equivalente a solicitar que se reembolse el valor aportado a una aseguradora para asegurar un riesgo que, con posterioridad, no se presentó; a ello se suma que tal situación no se encuentra establecida y tampoco se generó o se acreditó prueba alguna que permita indicar que la demandada no custodió o incumplió la obligaciones propias de aseguramiento de esos riesgos.

3. Lo que corresponde a la autorización que se le ha dado a Colpensiones para poder reclamar a Porvenir S.A. eventuales perjuicios que se hubiesen causado.

Lo que corresponde a este punto, sostuvo la demandada que, conforme a lo mencionado en el punto anterior, no se encuentra o no existe una situación que permita indicar que se dan las 3 características para que se pueda generar un daño que sea indemnizable, como quiera que no existe un nexo de causalidad entre el daño que se le causo o que le podría haber causado a COLPENSIONES, dado que la demandada Porvenir, arguye, al momento de realizar el traslado, informó de manera suficiente a la demandante para llevar a cabo el mismo. Sumado a ello, indica, que escoger entre una de las dos alternativas que ofrece la norma no da como resultado una situación que genere algún daño que frustre alguna expectativa pensional.

4. Las costas de primera instancia.

Sostiene la demandada que, a su juicio, al no darse por acreditadas las situaciones que dan lugar a la ineficacia del traslado, tampoco se cumplen los presupuestos del art. 365 del CGP razón por la que se debe revocar la consecuencial condena en costas impuesta por el *A-Quo*.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la validez del traslado, del deber de información de la AFP y de la ratificación tacita.

Manifiesta COLPENSIONES que la demandante se afilió válidamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que, en el año 1997, momento del traslado, no se presentó ninguna acción que conllevara presionarla o coaccionarla, de modo que la decisión de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se tomó de manera libre, voluntaria y espontanea, dando aplicación a lo descrito en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, sumado a que, para esa data, la demandante se encontraba frente a una mera expectativa al tener cotizadas 448 semanas aproximadamente dentro del ISS y que de habersele presentado una proyección de su pensión o un comparativo pensional entre regimenes hubiese sido inocuo, ya que se desconocía, a ciencia cierta, qué cantidad de semanas tendría o con qué requisitos contaría al momento de cumplir el derecho pensional.

Sumado a lo anterior, sostiene que, para el año 2013 se le brindó la posibilidad de retornar al régimen de prima media con base en la Ley 797 sin que se hubiese llevado a cabo alguna acción por parte de la demandante; solo hasta diciembre del año 2019 fue cuando solicitó a Colpensiones realizar el traslado de régimen pensional siendo que para esa fecha la demandante ya se encontraba inmersa en la prohibición de que trata el art. 2 de la Ley 797 de 2003. Por otro lado, manifiesta que la demandante, 7 años antes, ya contaba con una proyección de la pensión por parte de la AFP Porvenir y, por ende, conocía los montos de las mismas.

Continúa indicando la demandada que, la demandante pudo solicitar ampliar o aclarar la información a Colpensiones como a Porvenir de acuerdo a lo descrito en el Decreto 2241 del 2010, en el que se reglamentó el régimen del consumidor financiero, donde se exponen los deberes de informarse adecuadamente del Sistema General de Pensiones de la administradora de la cual dependen las expectativas del posible afiliado, ya que si bien es cierto, es un deber dar información por parte de las administradoras, esto no exonera en sí a los afiliados de concurrir ilustrados en la escogencia de su régimen pensional y que al haber efectuado sus aportes por más de 20 años se encontraría ratificada la voluntad de mantenerse en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

En consecuencia, a juicio de la demandada, como quiera que no se evidenció ninguna queja o reclamación por parte de la demandante ante la administración realizada por la AFP Porvenir se encontraría válidamente afiliada y ratificada su voluntad, conforme lo establece el artículo 1754 del Código Civil.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. efectuado por el (la) señora **Adriana Cecilia Sánchez Carranza** el día 18 de noviembre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir el 18 de noviembre de 1997 con efectividad a partir del 1° de enero de 1998.

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el

consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad

fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado

en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **Colpensiones aportó:** el expediente administrativo de la demandante y la historia laboral de la demandante. **AFP Porvenir SA aportó:** SIAFP, historia laboral consolidada Porvenir, resumen historia laboral de la demandante, relación de aportes, histórico de movimientos, formulario de afiliación, certificado de afiliación, comunicado de prensa. Respuesta emitida de la superintendencia financiera de Colombia a Porvenir S.A. (de fecha 17 de enero de 2020).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 18 de noviembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 18 de noviembre de 1998, la demandante tenía 448,86 semanas (Archivo 05 de la carpeta 04 del expediente digital), por tanto

en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 26 años (nació el 20 de julio de 1968 – fl.21 del expediente digitalizado. Archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando, podría pensionarse en el RPM en el año 2025 al cumplir 57 años de edad, (precisando que para el 8 de marzo de 2021, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP PORVENIR SA, la demandante había cotizado más de 1625 semanas fl.27 del archivo 02 de la carpeta 04 del expediente digital), sin embargo al trasladarse al RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP Porvenir S.A.

Ahora bien, conforme a lo manifestado por la demandada Colpensiones, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

"(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)"

Con relación a lo manifestado por las demandadas (Porvenir y Colpensiones), conforme a que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por las demandadas (Porvenir y Colpensiones), el deber de información siempre ha existido para los fondos

privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó:

"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep.

2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."

Con relación a lo manifestado por las demandadas (Porvenir y Colpensiones), que conforme a las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que recibió la información, que la única obligación para la época era la suscripción del formulario de afiliación y no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que por lo mismo no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, **no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado (...)**"*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación. Igualmente, no se puede deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo

público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Finalmente, frente al punto de apelación de la parte demandada Porvenir S.A., frente a lo que corresponde a la autorización que se le ha dado a Colpensiones para poder reclamar eventuales perjuicios que se causen con relación a la declaratoria de la nulidad, cabe resaltar que este es un trámite interno entre administradoras, de modo que es claro que estas deben actuar conjuntamente, pero en el caso en que la demandada Porvenir no acate la orden proferida y eventualmente se acredite un daño en contra de Colpensiones, esta última tiene la libertad de pedir esos daños causados. Dejando así despachado el pedimento de la demandada Porvenir S.A. frente a este punto.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Adriana Cecilia Sánchez Carranza** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A el 18 de noviembre de 1997.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

La demandada Porvenir S.A., presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto, se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir SA y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

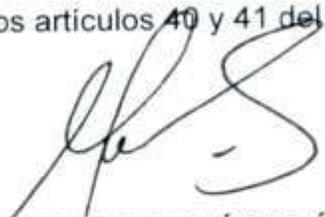
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2021 por el juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá

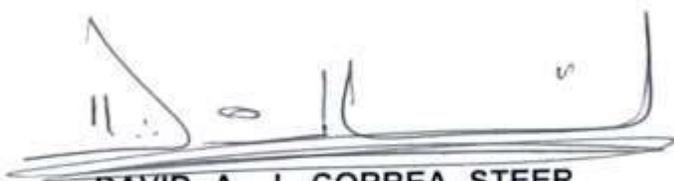
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP PORVENIR y COLPENSIONES y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de la apelante.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503920190083301)


DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920190083301)

Aclaro Voto


ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920190083301)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado Ponente: Dr. MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-039-2019-00833-01.

ADRIANA CECILIA SÁNCHEZ CARRANZA contra
COLPENSIONES Y OTROS.

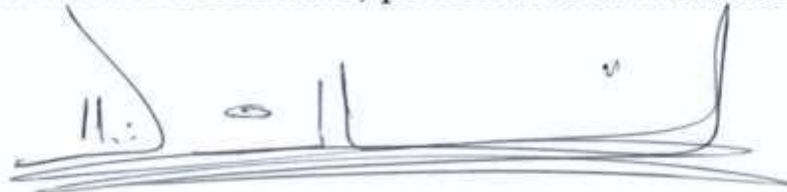
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, y atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, al atender lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las

sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Data ut supra



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2020-00123-01

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: BERNARDO ALFONSO TORRES MOSQUERA
**DEMANDADOS: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**
**ASUNTO: RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA
PROTECCIÓN S.A. // RECURSO DE APELACIÓN
(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (PROTECCIÓN y COLPENSIONES) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandada Colpensiones y la parte demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 03 de febrero del 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor (a) **BERNARDO ALFONSO TORRES MOSQUERA** instauró demanda ordinaria laboral contra AFP PROTECCIÓN SA, y COLPENSIONES, debidamente sustentada (fls. 4 a 24 del expediente digitalizado. Archivo 01 del expediente digital), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas y Condenatorias:

1. Que se declare la ineficacia de la afiliación y consecuente traslado de régimen pensional realizado por el demandante, **BERNARDO ALFONSO TORRES MOSQUERA**, con C.C. No. 79.296.380 de Bogotá, el día 1 de enero de 1998 hasta la fecha de presentación de la demanda o hasta la sentencia que haga transito a coas juzgada, con el Fondo de Pensiones y Cesantías COLMENA AIG (hoy administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.), por existir ausencia de información veraz, detallada y oportuna y por consiguiente engañado y asalto en su buena fe, respecto de las ventajas y desventajas que suponía el traslado de régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora.
2. Que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado, solicita se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a recibir y afiliar al Sr. **BERNARDO ALFONSO TORRES MOSQUERA** con C.C. No. 79.296.380 de Bogotá, nuevamente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, consecuencia de la ineficacia de la afiliación decretada.
3. Que se condene al Fondo privado de Pensiones y Cesantías Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA y a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la No autorización del traslado del régimen del Sr. **BERNARDO ALFONSO TORRES MOSQUERA** del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida sobre la devolución de los aportes a pensión efectuados a los fondos demandados.

4. Que se condene a las demandadas a que se pague las sumas adeudadas actualizadas, de conformidad con certificación expedida por el DANE de acuerdo al I.P.C vigente a la fecha.
5. Que se condene con costas y agencias en derecho a las demandadas.
6. Que se condene extra y ultra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES (Archivo 02 de la subcarpeta 09 del expediente digital), y PORTECCIÓN S.A. (fls. 1 a 21 del Archivo 02 de la subcarpeta 04 del expediente digital) de acuerdo al auto del 14 de julio de 2020, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 39 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 30 de noviembre de 2021, **DELCARÓ** que el traslado que hizo el señor BERNARDO ALFONSO TORRES MOSQUERA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 01 de febrero de 1998 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media; **CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se ha encontrado afiliado el demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad; **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; **INFORMÓ** a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de

PROTECCIÓN S.A.; **CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000; **ORDENÓ** la consulta de la sentencia por resultar adversa a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos:

1. Gastos de Administración.

La apoderada de la parte demandada PROTECCIÓN SA manifiesta que los gastos de administración son dineros que han sido descontados por autorización legal y de tal manera la AFP ha realizado ese descuento sobre el valor de los aportes del afiliado y estos, a su vez, se le han retribuido al demandante a través de los rendimientos que genera el fondo privado que, además, son rendimientos superiores a los que podría recibir en el RPM y que favorecen la cuenta de ahorro del afiliado; sobre ello arguye que de ser transferidos dichos descuentos por gastos de administración se estaría dando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES dado que no son recursos encaminados a financiar la pensión de vejez del demandante.

Sostiene que la AFP tiene derecho a conservar este dinero como una restitución mutua toda vez que al demandante se le estarían otorgando los rendimientos que son propios de su afiliación al RAIS y que se declara ineficaz. Señala que esos rendimientos se dan por la suscripción del formulario de afiliación que el demandante suscribió en 1997 y que, en virtud de la ineficacia, no habría lugar a trasladar unos rendimientos que son superiores a los del Régimen de Prima Media.

Del mismo modo, indica que PROTECCIÓN tiene derecho a quedarse con los gastos de administración por el trabajo de administración que se llevó a cabo desde 1997. Del mismo modo, continúa sus argumentos indicando que para responder por los dineros descontados para gastos de administración, al ser sumas que se descontaron mensualmente, ya no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del demandante y de ese modo tendría que asumir de su propio patrimonio la asunción de esos gastos; concluye

indicando que ello reposa en ser una condena en contra del patrimonio de la AFP demandada y que por lo tanto debería obedecer a una condena de responsabilidad civil.

La **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos:

1. De la ineficacia o nulidad del traslado, del perjuicio ocasionado al patrimonio de COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES manifiesta que la declaratoria de ineficacia del traslado conlleva a consecuencias que afectan el patrimonio de COLPENSIONES en razón a que no se observan las circunstancias particulares del caso objeto de alzada, sostiene que para este caso se debe tener en cuenta los actos relacionados conforme a lo establecido en sentencia CSJ SL3552 de 2020.

Por otro lado, indica que el demandante no hizo uso de los otros mecanismos legales para dejar sin efecto dichas afiliaciones al RAIS, como lo es el retracto y la rescisión; arguye que no se están teniendo en cuenta postulados jurisprudenciales como la sentencia de la Corte Constitucional C242 de 2009 sobre la sostenibilidad financiera de sistema pensional. Refuerza su argumento indicando que el interés particular no puede sobresalir sobre el general por cuanto la declaración de ineficacia afecta el patrimonio público ya que sería COLPENSIONES quien debería pagar una pensión al demandante y que el ahorro de este se realizó de manera individual y no financió las pensiones del RPM y su propio ahorro no era suficiente para financiar su propia pensión.

Finalmente solicita que se revoque el fallo de primera instancia con soporte en lo argumentos ya expuestos.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA, efectuado por el (la) señor BERNARDO ALFONSO TORRES MOSQUERA el día 5 de diciembre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP PROTECCIÓN S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLMENA, el 5 de diciembre de 1997, con efectividad a partir del 1 de febrero de 1998. Posteriormente, dada la cesión por fusión quedó afiliado a la AFP ING a partir del 1 de abril de 2000. Finalmente, solicitó trasladarse a la AFP Protección SA el 22 de febrero de 2008, con efectividad a partir del 1 de abril de 2008. (fls.22 y 23 del del archivo 02 de la subcarpeta 04 del expediente digital) con efectividad el 1 de febrero de 1998 (fl. 23 del archivo 02 de la subcarpeta 04 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a

los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de

considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos

financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la **demand** **Colpensiones** **aportó**: el expediente administrativo de la demandante, historia laboral. **AFP PROTECCIÓN SA aportó**: Formulario de afiliación año 1997, SIAFP, historia laboral OBP, certificado de Bono Pensional, Historia de movimientos PROTECCIÓN, historia laboral PROTECCIÓN SA, políticas para vincular personas naturales, Concepto Superfinanciera, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 de diciembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 5 de diciembre de 1997, el demandante tenía 619,14 semanas (fl.58 del Archivo 02 de la subcarpeta 04 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 14 de marzo de 1964 – fl.51 del archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando, podría pensionarse en el RPM en el año

2026 al cumplir 62 años de edad (Para el momento de generación de la historia laboral expedido por PROTECCIÓN SA – 10 de mayo de 2021, ha cotizado más de 1810 semanas fl.58 del archivo 02 de la subcarpeta 04 del expediente digital), sin embargo al trasladarse al RAIS para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLMENA.

Ahora bien, en relación al que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

"(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)"

Con relación a lo manifestado por la demandada COLPENSIONES, conforme a que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, **no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"***

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ

SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Respecto de la inconformidad de la demandada PROTECCIÓN S.A., frente a la no devolución de los gastos de administración, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó:

*"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que **los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las***

entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 39 laboral del circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 2021, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **BERNARDO ALFONSO TORRES MOSQUERA** del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP COLMENA el 5 de diciembre de 1997.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Protección SA y COLPENSIONES habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A-Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

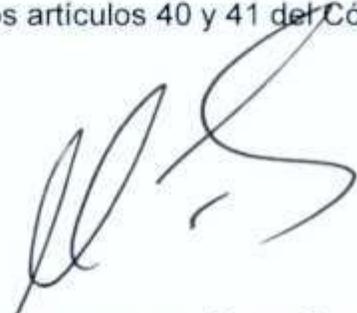
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021 por el juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP PROTECCIÓN SA y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

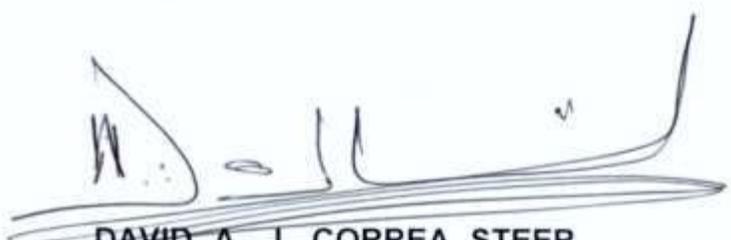
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503920200012301)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503920200012301)

Aclaro Voto



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920200012301)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado Ponente: Dr. MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-039-2020-00123-01.

BERNARDO ALFONSO TORRES MOSQUERA contra
COLPENSIONES Y OTROS.

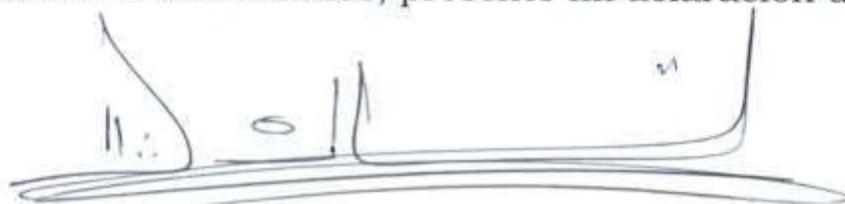
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, y atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, al atender lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las

sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Data ut supra



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 02-2019-00317-00

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ANGELA MARIA CAMACHO BORJA

**DEMANDADOS: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

**ASUNTO: RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA PORVENIR
S.A. // RECURSO DE APELACIÓN (COLPENSIONES) //
CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (PORVENIR Y COLPENSIONES) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Belcy Bautista Fonseca con tarjeta profesional 205.907 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

La parte demandada Colpensiones, la parte demandada Porvenir S.A., presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 03 de febrero del 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Angela María Camacho Borja instauró demanda ordinaria laboral contra AFP PORVENIR SA, y Colpensiones, debidamente sustentada (fls. 3 a 8 del expediente digitalizado. Archivo 01 del expediente digital), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare la nulidad de la vinculación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de la Sra. ANGELA MARAI CAMACHO BORJA, toda vez que en la misma medio vicio del consentimiento, al no habersele puesto de manifiesto a la demandante, por parte del Fondo, sobre las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional.
2. En consecuencia, que se declare la afiliación permanente y sin solución de continuidad de la Sra. ANGELA MARIA CAMACHO BORJA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por todo el tiempo de cotización al Sistema General de Pensiones.

Condenas:

1. Se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la Sra. ANEGELA MARÍA CAMACHO BORJA, junto con los rendimientos financieros y bono pensional si a ello hubiere lugar.

2. Se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a aceptar la declaratoria de nulidad de la afiliación y a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la Sra. ANGELA MARÍA CAMACHO BORJA, junto con los rendimientos financieros y bono pensional si hay lugar a ello.
3. Que se condene a lo que Ultra y Extra Petita resulte debatido y probado en este proceso.
4. Que se condene en costas y agencias en Derecho a la demandada.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES (fls.53 – 66 del expediente digitalizado, Archivo 01 del expediente digital), y PORVENIR S.A. (fls. 93 – 113 del expediente digitalizado. Archivo 01 del expediente digital) de acuerdo al auto del 05 de agosto de 2019, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 2 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 18 de noviembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado realizado por la señora Angela Maria Camacho Borja, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 55.155.788, al régimen de ahorro individual, realizado el 26 de octubre de 1999, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; **CONDENÓ** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ANGELA MARÍA CAMACHO BORJA, identificada con cedula de ciudadanía No. 55.155.788, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno; **ORDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 01 de julio de 1995, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral

y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante ANGELA MARÍA CAMACHO BORJA, identificada con cedula de ciudadanía No. 55.155.788, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el fallo; **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **CONDENÓ** en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos:

1. La declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional:

Manifiesta que de acuerdo con lo que establece el art. 271 de la Ley 100 de 1993, la ineficacia es una consecuencia jurídica que se reputa de actos, como en el caso que aquí se debate, muy especialmente de actos que nacen sin que la demandante, potencial afiliada en su momento, no hubiese podido prestar de manera clara e inequívoca su voluntad de traslado del régimen pensional, de la lectura del artículo no se puede colegir que lo que se proteja en ese caso concreto sea el deber de información o la información que debió habersele brindado, sino lo que protege dicho artículo es que el afiliado tenga la posibilidad de no ser constreñido u obligado a vincularse a un determinado régimen pensional, razón por la cual la consecuencia que da en ese caso el legislador es dejar sin efectos el traslado, y el caso concreto pues no se aplica como quiera que verificada el interrogatorio de parte que realizó o que absolvió la demandante, pues es claro que ella suscribió de manera voluntaria ese formulario de vinculación.

Del mismo modo sustenta el apoderado que, observando el deber de información que debían cumplir las administradoras de pensiones en cada momento histórico particular, específicamente para el momento en que se dio el traslado de la demandante, verificando las normas vigentes para ese momento; Decreto 656 del año 94 y Decreto 692 del año 94 también, así como el articulado original de la Ley 100 de 1993, no le era exigible a la AFP PORVENIR dejar un soporte especial o escrito o un documento aparte sobre

la asesoría que fue brindada al momento en que se realizó el traslado de régimen pensional de la demandante. Indica que para esa fecha el documento exigido a su representada, AFP PORVENIR, era el formulario de afiliación, documento que se aporta y que da cuenta, no solo de la eficacia, sino además de ello, de la existencia de ese traslado de régimen pensional, razón por la cual exigirle a Porvenir el cumplimiento de medio de convicción diferente a los que eran exigibles al momento en que se realizó el traslado para acreditar su eficacia desborda toda capacidad probatoria que pueda llegar a tener la AFP.

Como tercer argumento frente a este punto sostiene que en el caso concreto y a la luz de lo que ha establecido la sentencia SL-4806 del año 2020, no se causa ningún tipo de perjuicio a la demandante con este traslado de régimen pensional, como quiera que no se vulnera una situación pensional que hubiese consolidado de manera anterior y pues podía la demandante terminar o concluir su derecho pensional tanto el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media, como quiera que lo ha establecido la sentencia C-086 del año 2002 que, si bien los dos regímenes pensionales son excluyentes, a la luz de lo que establece el art. 16 de la Ley 100 de 1993, no es menos cierto que las prestaciones que se reconocen y la forma en que están establecidos estos dos regímenes pensionales, hacen que los dos regímenes pensionales sean vistos como equiparables y, en tal medida, pues no puede ser un motivo para la solicitud de la ineficacia un simple desacuerdo entre la eventual pensión que pudiera llegar a obtener la demandante con la pensión que tendría en cada uno de los regímenes pensionales.

2. La condena proferida a Porvenir S.A., de devolver todos los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin que le sea posible realizar descuento alguno por concepto de gastos de administración y de primas de seguros previsionales

Sostiene el apoderado de la AFP PORVENIR que no se le puede imponer a su representada una orden tendiente a que devuelva los gastos de administración y primas de seguros previsionales que ha descontado de manera mensual a la demandante de su cuenta de ahorro individual, como quiera que se puede verificar que esos descuentos que ha realizado cerca de estos 22 años que la señora demandante ha estado vinculada con mi

representada, lo ha hecho facultada conforme a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993; refuerza su argumento indicando que el descuento de estos recursos se realiza, primero, para la realización de una eventual pensión de invalidez o una eventual pensión de sobrevivientes y para la comisión que se descuenta para remunerar la gestión profesional que realiza mi representada y en tal medida pues sugerir que mi representada a retornar dichos gastos puede ser un enriquecimiento sin causa en favor de COPENSIONES como quiera que esta administradora recibirá dichas sumas que no tendría o que no habría tenido a su disposición de haber tenido como vinculada a la demandante, como quiera que COLPENSIONES también descuenta las mismas sumas y para los mismos efectos, con la diferencia que en el caso de la AFP PORVENIR se destinan para la adquisición de primas de seguros previsionales.

En igual sentido, el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., indicó que la condena o la procedencia de la condena viene de la sentencia SL-31989 del año 2008, providencia está en la cual se estudió un caso con características completamente diferentes al que se encuentra en comento, como quiera que en ese momento, a la administradora de Fondos de Pensiones que permitió el traslado de régimen pensional se le sancionó con la pérdida de estas sumas, como quiera que el traslado se dio en el caso de un afiliado que era mayor de 50 años al momento en que entró en vigor la Ley 100 de 1993, situación que estaba completamente prohibida a la luz de los arts. 60 y 61 de la Ley 100, y por dicha razón y hacer inducir en error al afiliado, pues fue que se dio dicha condena, situación que no se cumple acá, como quiera que la demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que recibió una asesoría, que tuvo información y, recalca, no se está generando ningún tipo de perjuicio en el caso concreto.

3. La consecuencial condena en costas.

Sobre este punto, manifiesta que no se encuentran acreditadas las situaciones que dieran lugar a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, solicitando, adicionalmente, que se revoque la condena en costas proferida en primera instancia.

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia sobre los siguientes puntos:

1. Declaratoria de la ineficacia del traslado al encontrarse la demandante incurso dentro de la prohibición legal del art. 2 de la Ley 797 del 2003.

indica la apoderada de la demandada COLPENSIONES: que, al momento de solicitar el retorno al régimen de prima media, la demandante se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal descrita en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993, en el que se indica que después de un año de la entrada en vigencia de la mencionada Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Adicional a lo anterior, indica la apoderada que, a su juicio, conforme a lo manifestado en interrogatorio de parte, el traslado se dio de forma voluntaria; a ello sumado que, bajo su interpretación, en el expediente no obra prueba alguna que demuestre vicio del consentimiento.

2. Del deber de información, de la falta al deber de concurrir suficientemente ilustrada de la demandante y del consentimiento y capacidad para suscribir contratos.

Del mismo modo, manifiesta en el recurso la apoderada que, Respecto del deber de información, si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora, eso no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, del cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez, como tampoco la sustraía la aplicación de la Ley para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviese menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida que de su elección dependerían las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de la seguridad social y en particular la de vejez, lo que no convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos; recalca que la demandante, al momento de realizar el traslado, contaba con capacidad legal para suscribir tal contrato.

3. De la carga de la prueba exigida a la demandante:

Expone la demandada que conforme el art.167 del CGP, respecto a la carga de la prueba, se señala que incumbe a las partes probar el supuesto de las normas que consagran el efecto jurídico que en ellas persiguen, y en el caso objeto de recurso no obra prueba de un comparativo entre los dos regímenes, así mismo no se aportaron simulaciones pensionales, que si bien no permite establecer el costo de la pensión en el régimen de prima media, tampoco permite establecer si existe un perjuicio para la demandante en su mesada pensional en uno u otro régimen.

4. Del condicionamiento de la sentencia de primera instancia:

Solicita que en caso de confirmar la decisión de primera instancia se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones – COLPENSIONES, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por la AFP PORVENIR, como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar debidamente indexados por el período en que permaneció afiliada el fondo privado y que se ordene a la AFP PORVENIR a no realizar descuentos por conceptos de seguros de invalidez o vejez.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señora **ANGELA MARIA CAMACHO BORJA** el día 26 de octubre de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP PORVENIR S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media

con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR el 26 de octubre de 1999 (fls. 23 y 114 del expediente digitalizado. Archivo 01 del expediente digital) con efectividad el 1 de diciembre de 1999 (fl. 135 del expediente digitalizado. Archivo 1 del expediente digita)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que

el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la **demanda Colpensiones** aportó: el expediente administrativo de la demandante. **AFP PORVENIR SA** aportó: formulario de afiliación, certificado de egreso, historia laboral, resumen historia laboral, histórico de movimientos, SIAFP, respuesta de derecho de petición (comunicación 30 de octubre de 2015), historia laboral OBP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de octubre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener

una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 26 de octubre de 1999, la demandante tenía 222 semanas (fl.12 del expediente digitalizado. Archivo 01 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 25 años (nació el 2 de octubre de 1969 – fl.11 del expediente digitalizado. Archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando, podría pensionarse en el RPM en el año 2026 al cumplir 57 años de edad (Para el momento de generación de la historia laboral expedido por PORVENIR SA – 6 de febrero de 2020, ha cotizado más de 1190 semanas fl.116 del expediente digitalizado. Archivo 01 del expediente digital), sin embargo al trasladarse al RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP Porvenir S.A.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones, en relación al que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

"(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)"

Con relación a lo manifestado por la demandada Porvenir S.A., conforme a que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del

consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, **no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)**"*

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por las demandadas Porvenir y COLPENSIONES, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Respecto de la inconformidad de la demandada Porvenir S.A., frente a la no devolución de los gastos de administración, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó:

"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."

Finalmente, en relación con lo solicitado por la demandada COLPENSIONES frente a condicionar el cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP Porvenir S.A., devuelva la totalidad de sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, cabe precisar que este es un trámite administrativo que le compete única y exclusivamente a los Fondos de Pensiones, por ello es improcedente que sea el afiliado quien sea el afectado por dicho trámite, en razón a ello se despacha desfavorable dicha solicitud presentada por COLPENSIONES.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **Angela María Camacho Borja** Régimen de Prima Media a la AFP Porvenir S.A el 26 de octubre de 1999.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

La demandada Porvenir S.A., presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.

La sala debe precisar que no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto, se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir SA y COLPENSIONES habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A-Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021 por el juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Porvenir SA y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

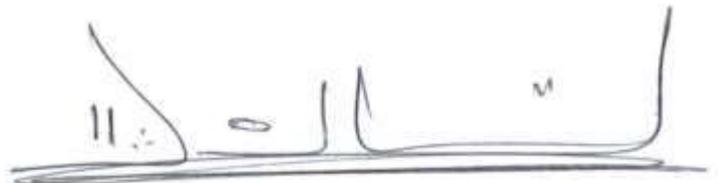
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500220190031701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500220190031701)

Aclaro Voto



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500220190031701)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado Ponente: Dr. MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-002-2019-00317-01.

ANGELA MARÍA CAMACHO BORJA contra
COLPENSIONES Y OTROS.

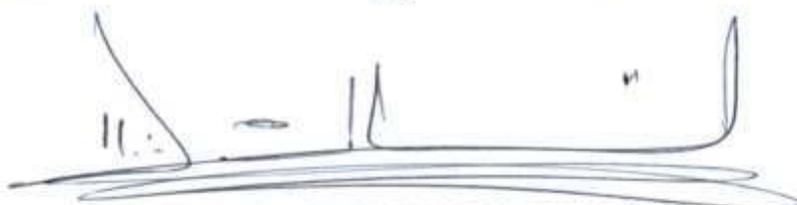
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, y atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, al atender lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las

sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Data ut supra



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 005-2020-00340-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ELKIN ADRIAN NIÑO GALEANO
DEMANDADO: EPS SANITAS
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de las partes, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 29 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ELKIN ADRIAN NIÑO GALEANO**, instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad **EPS SANITAS**, debidamente sustentada como aparece en el archivo 1 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que celebró un contrato de trabajo con la compañía demandada, vigente desde el 20 de octubre de 2016 al 27 de diciembre de 2017.
2. **DECLARAR** que, el despido es ineficaz, en la medida que se produjo a causa de sus limitaciones físicas.
3. **DECLARAR** que la entidad convocada a juicio no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
4. **DECLARAR** que a la terminación de la relación laboral, no le cancelaron la totalidad del último salario percibido, vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa.
5. **DECLARAR** que la entidad demandada, solo hasta el 5 de abril de 2018, constituyo un título valor, contentivo de la liquidación de prestaciones sociales e indemnización, actuación que no le fue notificada.

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **CONDENAR** a la sociedad EPS SANITAS a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía acorde a sus restricciones medicas
2. **CONDENAR** a la pasiva al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la calenda en que se efectúe el reintegro.
3. **CONDENAR** a la entidad convocada a juicio a pagar la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
4. **CONDENAR** al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T.
5. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad EPS SANITAS S.A., contestó la demanda, tal como se advierte del escrito que obra de folio 86 a 117 del expediente digital, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito y se evidencia del auto dictado el 25 de agosto de 2021, por el juzgado de origen.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 22 de septiembre de 2021, **CONDENÓ** a la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.**, a reintegrar al señor **ELKIN ADRIAN NIÑO DELGADO**, al cargo que encontraba desempeñando a partir del 28 de diciembre de 2017, junto con los salarios y aportes al sistema de seguridad social integral, así como la liquidación de vacaciones anuales, teniendo para todos los efectos el salario de **\$12.493.000**, el cual deberá ser reajustado de acuerdo al incremento aplicado por SANITAS S.A. a los trabajadores en modalidad salario integral. **CONDENÓ** a la entidad demandada a pagar al demandante, la suma de **\$74.958.000**, por concepto de indemnización por no solicitar autorización al Ministerio de Trabajo, es decir la de 180 días. **ABSOLVIÓ** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. **DECLARÓ** probada parcialmente la excepción de compensación y por tanto se autorizó que de la condena impuesta descontara la suma de \$13.720.650. y **CONDENÓ** en costas a la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.**

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

REINTEGRO POR ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA: Interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, a efectos que sea revocada y se absuelva de las pretensiones de la demanda, alegando en síntesis que i) no procede el reintegro, al considerar que el demandante no cuenta con un dictamen de pérdida de la capacidad laboral. ii) que el actor no cuenta con una discapacidad significativa, pues desarrollaba sus labores de manera normal. lii) que el Juez de Primer grado incurrió en un error interpretativo, al contravenir las sentencias SL 12689 de 2019 y SL 14134 de 2015, en cuanto establecen que se debe acreditar una pérdida de la capacidad laboral. iv) que las sentencias SU 049 de 2017 y C-200 de 2019, fueron interpretadas de manera equivocada por el A-quo, ya que no se establece del material probatorio que el trabajador para el momento del despido hubiese contado con una pérdida de la capacidad laboral significativa. v) que desde el ingreso del trabajador se tuvo conocimiento de su patologías, por lo que la causa de la terminación del vínculo no fue con ocasión a su limitación física, sino como consecuencia de una facultad legal, como es la terminación unilateral del contrato sin justa causa.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente ordenar el **reintegro** del señor ELKIN ADRIAN NIÑO GALEANO al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato. **2.** En caso afirmativo, si es procedente ordenar pagar la indemnización establecida en la Ley 361 de 1997.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante ELKIN ADRIAN NIÑO GALEANO suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con la sociedad ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS EPS S.A., vigente desde 20 de octubre de 2016, por un periodo inicial de cinco meses, que finalizaban el 19 de marzo de 2017, desempeñando el cargo de MEDICO SUBESPECIALISTA-HEMOFILIA, acuerdo que fue modificado, en el entendido que el contrato de trabajo paso a tener una duración indefinida a partir del 20 de marzo de 2017 y el que se extendió hasta el 27 de diciembre de 2017, cuando fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte de empleador (folio 45, 46, 50 y 58).

INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

Por razones de método, la Sala comenzará con estudiar lo relativo a la estabilidad laboral reforzada que alega la parte demandante, punto central del recurso de apelación.

Así pues, el conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que la sociedad EPS SANITAS S.A. terminó de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo a término indefinido suscrito con el demandante,

sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de la limitación física que padece..

Así pues, frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber sido despedido encontrándose en malas condiciones de salud es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Así pues, el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en

comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que, si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%,** b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; **2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo”. Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo,

independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye «*doctrina legal probable*» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n.º 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De la prueba allegada al plenario, se observa carta de dirigida al demandante del 27 de diciembre de 2017, en la que señala:

“Por medio de la presente me permito comunicarle que la empresa ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo suscrito con usted, a partir del día veintisiete (27) de diciembre del año dos mil diecisiete (2017), sin justa causa y con el pago de la correspondiente indemnización establecida en la Ley.

Lo anterior, de conformidad con lo señalado en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002”

Del contenido del anterior documental, se puede concluir de manera inequívoca la intención del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo suscrito con el trabajador, en atención a la facultad que tienen las partes de resolver el vínculo contractual. No obstante, la parte actora solicita en el *petitum* de la demanda se declare que gozaba de estabilidad laboral reforzada.

En ese orden de ideas, considera esta Sala de Decisión, que las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

El demandante allego como prueba un diagnóstico rendido el 5 de octubre de 2017, por la Dra. DORIS VALENCIA VALENCIA, médica epidemióloga, Especialista en Medicina física y Rehabilitación, a través del cual se logra establecer que el demandante padece de una Hipoacusia neurosensorial severa-profunda bilateral, con cirugía de implante coclear derecho 19-II-2009:

“cuadro de 14 años de evolución de hipoacusia neurosensorial progresiva, la cual se dio apoyo con sistemas auditivos externos intracanal y retroauricular inicialmente con adecuada adaptabilidad y desempeño, la hipoacusia progresa de moderada a severa/profunda lo que se asocia a un alto grado de disfuncionalidad comunicativo verbal y discapacidad socio-laboral importante.”

Luego entonces, de lo anterior resulta claro que si bien el demandante padece de una patología, esta no le genera pérdida en su capacidad laboral, en la medida que a la luz de lo establecido en Decreto 1507 de 2014, la misma está definida como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de

orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo, máxime cuando no se aportó si quiera la calificación emitida por la entidad correspondiente.

A lo que se agrega que la entidad empleadora desde la suscripción del contrato tuvo conocimiento de la patología del actor, pero ello no afectó su contratación, como tampoco la ejecución de las actividades encomendadas, ni ninguna de sus labores como profesional médico.

Lo anterior se logró determinar del interrogatorio de parte absuelto por el actor, quien al ser preguntado si su patología había sido calificada por alguna entidad del sistema de seguridad social integral, respondió: *"nunca he buscado eso, porque yo me siento una persona con las capacidades suficientes, en circunstancias muy particulares, de desempeñarme sin ningún tipo de inconveniente."* Así mismo expresó que desde que inició sus labores en la entidad convocada a juicio ya tenía su implante: *"si señor lo tengo implantado desde hace ya 13 años, implantado en el año 2009, en la clínica Reina Sofía, con el Dr. Leguizamón"*

Igualmente indicó que durante los años 2016 y 2017, además de prestar sus labores como médico a la EPS SANITAS, también trabajó para la clínica SHAI0: *"sí señor, como médico interconsultante, no cumplía jornada, solamente tenía que ir a ver, hacer valoraciones, sin ser médico tratante de los pacientes que mandaban algún concepto hematológico."* Así como independiente: *"la cuota particular de personas que me buscan porque me conocieron, porque sabían que yo era hematólogo, me encontraban en el directorio de la Clínica Shaio, directorio de la Clínica Country, pero son consulta de tres o cuatro pacientes por semana, a lo sumo, yo no tengo una capacidad para ver pacientes porque no tengo donde hospitalizarlo para tratarlos, lo mío son consultas como una segunda opinión, que busca y yo con todo gusto lo desarrollo"* y en la clínica Country como ESIMED.

Finalmente el accionante, señaló en la mencionada diligencia que su limitación auditiva, nunca le generó una incapacidad durante el tiempo que laboró para la entidad llamada a juicio.

Por otra parte se escuchó el testimonio del señor ORLANDO MARTINEZ LUQUE, quien manifestó haber sido compañero de trabajo del demandante, con quien interactuó para revisar casos de pacientes: *"revisábamos periódicamente, cuantos*

pacientes teníamos, que severidad tenía la enfermedad, que tratamientos estaban utilizando e identificar si había alguna posibilidad de mejora en algunos de los aspectos técnicos que se estaban tratando, por decir, si encontrábamos que teníamos pacientes, los pacientes con hemofilia sangran relativamente frecuente, ya sea de forma espontánea o relacionados con traumas, entonces revisábamos esos temas, porque los pacientes están sangrando, hay que hacer algún ajuste, los tratamientos se están llevado de la manera más adecuada, la aplicación de los medicamentos se está haciendo por parte del prestador adecuadamente y se revisaban los aspectos técnicos.” Preciso que tuvo conocimiento de la enfermedad que padecía el médico ELKIN ADRIAN NIÑO GALEANO, pero que nunca la consideró como una limitante, al constatar que desarrollo su labor de manera adecuada e inclusive cuando tenía conversaciones con el accionante, nunca tuvo inconvenientes en la comunicación, solo que él les pedía que se ubicaron “de frente”. Que después de dos o tres meses del despido del actor, fue vinculado otro especialista, quien también duró en la empresa seis ocho meses y que en la actualidad la funciones de hemofilia las desarrolla una empresa externa que contrató la accionada: *“no actualmente, no tenemos el programa de hemofilia y cuagulopatías, no funciona actualmente en los centros médicos de la EPS, sino se contrató una empresa externa que actualmente mira todos los pacientes con hemofilia y cuagulopatía, no es de la eps.”*

El anterior testigo adujo que durante el tiempo que la entidad promotora de salud, estuvo sin hematólogo, se hizo seguimientos a los pacientes a través de otros médicos especialistas: *“se hizo seguimientos con el grupo que había ahí, había otros médicos que no eran hematólogos y hacían los controles del paciente y seguían las indicaciones que el hematólogo había dejado definido para cada paciente (...) se necesitaba el hematólogo, pero el hematólogo no es la única persona que participa en el manejo de los pacientes, esto es un grupo multidisciplinario que sigue los pacientes, hay médicos generales, hay enfermeras, hay ortopedistas, hay fisiatras, que se encargan del seguimiento del paciente, por supuesto que se necesita la evaluación periódica de un hematólogo, que es quien finalmente pues define el uso de los medicamentos, pero los pacientes tenían prescritos sus medicamentos y su seguimientos y se siguieron esas instrucciones por parte de los otros médicos.”*

Entre tanto el testigo MARIA FERNANDO GARZÓN, quien dijo ser director de seguridad en trabajo, durante el periodo que el demandante trabajó para la EPS SANITAS, manifestó nunca haber conocido el caso del demandante.

Finalmente, se corroboró que el día 10 de octubre de 2016, la EPS SANITAS, le realizó examen médico de ingreso al señor ELKIN ADRIAN NIÑO GALEANO, en el que especifico: CONCEPTO DE APTITUD CON LIMITACIONES O RESTRICCIONES PARA EL CASO. Enunciándose como recomendaciones:

“EVITAR LABORAR EN AMBIENTES RUIDOSOS
 USO DE CORRECCION OPTICA PERMANENTE
 USO CONTINUO DE AYUDA AUDITIVA
 PAUSAS ACTIVAS
 CAPACITACION EN RIESGO ERGONOMICO...”

Las pruebas reseñadas permiten concluir que el demandante no era beneficiario de estabilidad laboral reforzada que contempla la Ley 361 de 1997, por las siguientes razones:

La finalidad de la figura en mención tal como ya se menciona es evitar que un trabajador sea despedido con ocasión a su estado de debilidad manifiesta, situación que no ocurre en el asunto bajo examen, por el contrario la entidad demandada aún sabiendo de la patología que tenía el accionante, procedió a su vinculación.

El contrato de trabajo que inicialmente suscribieron las partes fue a término fijo, por un periodo inicial de cinco meses, por lo que entiende la Sala que el vencimiento del plazo fijo pactado, era la oportunidad para finiquitar el mismo, pero ello no ocurrió, sino por el contrario le garantizaron estabilidad al variar la modalidad del vínculo contractual, toda vez que se estipuló que el mismo tendría una duración indefinida y en el que claramente se enunció: *“que la duración del contrato de trabajo pasa a la modalidad de INDEFINIDO a partir del 20 de marzo de 2017, conservando para todos los efectos laborales la antigüedad desde la fecha de ingreso”*

La enfermedad del demandante, no fue calificada por ninguna entidad perteneciente al sistema de seguridad social e inclusive no le impidió el desarrollo de su actividad durante la vigencia de la relación laboral, ni ejercer ningún otro cargo, pues así se corrobora del interrogatorio de parte absuelto por el demandante.

De la prueba testimonial rendida se determinó que si bien el demandante fue despedido en diciembre de 2017, dicha vacante no fue ocupada de manera inmediata, sino dos meses después-febrero de 2018-especialista que estuvo en el

cargo por un periodo de seis u ocho meses, dado que con posterioridad el servicio fue prestado a través de una entidad de carácter privado, sumado a que durante el tiempo que el cargo estuvo vacante las funciones eran suplidas por otros médicos, por lo que no podemos pregonar que el despido se dio con ocasión a la enfermedad que tenía el actor, pues quien lo reemplazo tuvo también una duración corta, para finalmente contratar a una sociedad conocedora de las patologías, ni tampoco podemos hablar de una necesidad del servicio, pues mientras ubicaban un nuevo profesional, las actividades estaba en cabeza de los restantes médicos.

El demandante, durante el desarrollo del contrato nunca tuvo una incapacidad con ocasión a la pérdida de su problema auditivo, y si bien se anexaron unas incapacidades las mismas no estaban vigente para la fecha en que dio por terminado el contrato y las mismas se presentaron por enfermedad general.

No se presentó ese nexo de causalidad entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador, pues no podemos pregonar dicha situación, del hecho que para la fecha en que finalizó la relación laboral el actor tenía una limitación física, habida consideración que la enfermedad ya mencionada la padecía desde años atrás y no impidió su contratación, como tampoco el desarrollo del objeto para el cual fue vinculado, es decir, no podemos hablar de una discriminación laboral con ocasión al problema auditivo del accionante, cuando la pasiva acepto la misma y procedió a celebrar contrato de trabajo con el accionante y seguir las recomendaciones impartidas en el examen médico de ingreso.

Y por último, la decisión del empleador de dar por terminada la relación laboral de manera unilateral y sin justa causa, no conlleva per se, a dar por probado que fue con ocasión a la patología del actor, pues si bien se desconoce las razones de tal determinación, lo cierto es que, no se debió a su enfermedad, pues de ser así la accionada desde que tuvo conocimiento de la misma, había podido negarse a suscribir el contrato e inclusive el plazo fijo pactado pudo ser utilizado como causa legal para finalizar el vínculo, pero decidió continuar con la relación laboral por más de un año.

En atención a las consideraciones antes expuestas, la sentencia de primera instancia será REVOCADA, para un su lugar ABSOLVER a la EPS SANITAS S.A. de las pretensiones planteadas en la demanda.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de septiembre de 2021, para en su lugar **ABSOLVER** a la sociedad EPS SANITAS S.A, de las pretensiones planteadas en la demanda, según se expuso.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310500520200034001)



DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310500520200034001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500520200034001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 07-2020-00288-01

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: MARTHA ISABEL CUESTA ALFONSO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP. PORVENIR S.A.
MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO
BANCO DE BOGOTÁ
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE //
RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A., COLPENSIONES, BANCO DE BOGOTÁ) //
CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandante (Martha Isabel Cuesta Alfonso) y parte demandada (Porvenir S.A., Colpensiones y Banco de Bogotá) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de diciembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada **DIANA MARIA VARGAS JEREZ**, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.090.449.043 de Cúcuta con tarjeta profesional

No.289.559 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte demandada Porvenir S.A, Colpensiones, Banco de Bogotá y la demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 25 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Martha Isabel Cuesta Alfonso instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, Colpensiones, Banco de Bogotá y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debidamente sustentada como aparece a folios 1 al 21 del archivo 01 del expediente digital (Archivo 01 del Cd 1), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

1. Que se declare la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad materializado el 1 de enero de 1999
2. Que se declare que la Administradora Colombiana de pensiones – COLPENSIONES tiene la obligación de admitir el retorno de la señora Martha Isabel Cuesta Alfonso al régimen de prima media con prestación definida.
3. Que se declare que entre la Señora Martha Isabel Cuesta Alfonso y el Banco de Bogotá S.A. existió un contrato de trabajo entre el 8 de octubre del 1987 al 31 de diciembre de 1994.
4. Que se declare que el Banco de Bogotá S.A. no cotizó los aportes a seguridad social en pensión aun cuando tenía la obligación de hacerlo, a la señora Martha Isabel Cuesta Alfonso desde el día 8 de octubre de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1994.

5. Que se declare que el último salario devengado por la demandante en el Banco de Bogotá S.A. fue de \$2'072.000 el cual ha de ser tenido en cuenta como IBC para efectos de realizar los aportes por el tiempo no cotizado.

6. Que se declare que la señora Martha Isabel Cuesta Alfonso tiene derecho a la expedición de un bono pensional por haber cotizado más de 150 semanas al sistema general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida que refleje el tiempo laborado entre el 8 de octubre de 1987 y el 31 de diciembre de 1998.

Condenatorias contra Porvenir S.A. y Colpensiones:

1. Condenar a Porvenir S.A. a realizar el traslado de todos los recursos que haya en la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, incluyendo los costos administrativos, régimen administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones. Colpensiones, como consecuencia de la ineficacia declarada.

2. Condenar a Porvenir S.A. y Colpensiones a considerar como satisfechos todos los requisitos exigidos con la solicitud efectuada el 9 de marzo de 2020 y, en consecuencia, acceder al traslado de Martha Isabel Cuesta Alfonso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Condenatorias contra Banco de Bogotá S.A.:

1. Condenar al Banco de Bogotá S.A. a liquidar, trasladar y pagar, previo cálculo actuarial, la reserva pensional de la Señora Martha Isabel Cuesta Alfonso a la cuenta personal de la Administradora de Fondos de Pensiones que tenga en el momento de que se haga efectivo el pago, por el periodo laborado para la demandada Banco de Bogotá S.A., entre el 8 de octubre de 1987 al 31 de diciembre de 1994.

Condenatorias contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

1. Condenar a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a expedir un bono pensional como consecuencia de que la demandante realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por más de 150 semanas que refleje el tiempo

laborado entre el 8 de octubre de 1987 y el 31 de diciembre de 1998, el cual, a la fecha de la demanda, no ha sido expedido

2. Condenar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a entregar a Porvenir S.A. el bono pensional que debía ser expedido y que no se hizo, como consecuencia de haberse cotizado por más de 150 semanas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida

3. Condenar a las demandadas al pago de costas y agencias en Derecho.

Declarativas Subsidiarias:

1. Que se declare que la Señora demandante no fue informada de manera veraz y suficiente, por parte de Porvenir S.A. al momento de materializarse el traslado de régimen pensional el 1 de enero de 1999.

2. Que se declare que, frente a la demandante, la demandada Porvenir S.A. no cumplió la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, omisión ocurrida antes de materializarse la solicitud de traslado de régimen el 1 de enero de 1999.

3. Que se declare que el actuar omisivo y negligente de Porvenir S.A. le causó perjuicios patrimoniales a la demandante, ya que esta entidad pretermitió el deber legal de suministrar información necesaria y transparente, por lo que, Porvenir S.A. obtuvo, mediante engaño, la suscripción del formulario de solicitud de traslado de régimen pensional, vulnerando así el derecho de Martha Isabel Cuesta Alfonso a decidir libremente en cuál régimen causar el derecho a la pensión de vejez.

4. Que se declare que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES tiene la obligación de admitir el retorno de la señora Martha Isabel Cuesta Alfonso al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida.

5. Que se declare que la señora Martha Isabel Cuesta Alfonso tiene derecho a que sean incluidas dentro de su historia laboral todas las semanas cotizadas en el Régimen De Prima Media Con Prestación Definida.

Condenatorias subsidiarias:

1. Condena a Porvenir S.A. a realizar el traslado de todos los recursos que haya en la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, incluyendo los costos administrativos, esto como consecuencia de la ineficacia declarada.

2. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a admitir el retorno de la Señora Martha Isabel Cuesta Alfonso.

3. Condenar a la administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a actualizar la historia laboral de la demandante, toda vez que cotizo más de 203.29 semanas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

4. Condenar a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, oficina de Bonos Pensionales que expida el Bono Pensional que refleje las 203.29 semanas cotizadas a COLPENSIONES.

5. Condenar al Banco de Bogotá S.A. a pagar lo correspondiente al cálculo actuarial que elabore la demandada a la señora Martha Isabel Cuesta Alfonso a la cuenta personal de la administradora de fondo de pensiones que tenga en el momento de que se haga efectivo el pago.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: Porvenir S.A. (fls. 1 al 21 del archivo 14 del CD No. 2 del expediente digital), Colpensiones (fls. 1 a 41 del archivo 09 del CD No. 1 del expediente digital), Banco de Bogotá (fls. 1 a 21 del archivo 12 del Cd No. 1 del expediente digita), la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 1 al 23 del archivo 13 del CD No. 1 del expediente digital) de acuerdo al auto del 22 de enero de 2021. Colpensiones y Porvenir se oponen a las pretensiones de la demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 7 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 7 de diciembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la Sra.

demandante María Isabel Cuestas Alfonso con la AFP Porvenir S.A., el 8 de octubre de 1998 contenido en el formulario número 01099065; **ORDENÓ** a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante, dinero que debe incluir todos los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; **ORDENÓ** a Porvenir SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MARTHA ISABEL CUESTA ALONSO dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS; **ORDENÓ** al banco de Bogotá efectuar el pago de los aportes a seguridad social en pensión de la demandante con destino a COLPENSIONES, para el periodo del 8 de octubre de 1987 al 31 de diciembre de 1994, previo calculo actuarial que efectúe Colpensiones e informe al Banco para efectivizar su pago, tomando como IBC las siguientes sumas:

- Desde octubre de 1987 y hasta 31 de diciembre de 1987 el salario o IBC de \$21.910.
- Desde enero de 1998 y por todo ese año el salario de \$26.262 con 78 centavos.
- Desde julio de 1989 el salario de \$33.647 con 88 centavos hasta agosto de 1990.
- De septiembre de 1990 y hasta agosto de 1991 un salario de \$42.436 con 7 centavos.
- De septiembre de 1991 a agosto de 1992, un salario de \$56.169 con 22 centavos.
- De septiembre de 1992 a agosto de 1993 un salario de \$71.233 con 8 centavos.
- Desde septiembre de 1993 y hasta mayo de 1994 un salario de \$89.134 con 86 centavos
- Desde junio de 1994 a diciembre de 1994 un salario de \$109.279 con 3 centavos.

ORDENÓ a COLPENSIONES que una vez el Banco de Bogotá efectúe el pago de los aportes, incluya estos en la historia laboral de la demandante y la actualice; **DECLARÓ** no probadas las excepciones presentadas por la Administradora

Colombiana De Pensiones - COLPENSIONES, la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones PORVENIR SA; **NEGÓ** las pretensiones incoadas por la demandante en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; **CONDENÓ** en costas a la AFP Porvenir y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago. Se **EXONERÓ** de costas a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia y solicitó revocar las condenas impuestas contra Porvenir SA en primera instancia por los siguientes puntos:

1. Del deber de información que le correspondía a las AFP al momento del traslado.

Argumenta la parte demandada Porvenir SA que se cumplieron los requisitos formales en materia del deber de información para el momento del traslado, pues, indica, se le prestó asesoría a la actora por parte de un asesor comercial de la AFP y que con posterioridad a ello se suscribió el formulario de afiliación correspondiente, del cual se denota la voluntad de la actora de la afiliación a la AFP y, que por lo anterior, los hechos se dieron en el marco de la libertad informada, cumpliendo con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y con en el numeral primero del artículo 97 Decreto 663 del año 1993.

2. De la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración y sumas por seguros previsionales debidamente indexadas.

Respecto de este punto, argumenta la demandada Porvenir SA que, si bien la sentencia de primera instancia se hace al tenor de la figura jurídica de la ineficacia, esta indica que el negocio jurídico no se realizó y las cosas se deben retrotraer a su estado inicial; por ende, indica, los rendimientos financieros, al ser privativos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pondrían a la actora en una condición distinta a la que se hubiese encontrado de haber permanecido afiliada al Régimen de Prima Media. Por lo anterior, sostiene la parte demandada, se estaría generando una contravención con lo establecido en el art. 897 del Código de Comercio y

como consecuencia no es procedente condenar al reintegro de las sumas objeto de este punto de apelación a la luz de la figura jurídica de la ineficacia.

Sostiene que la Ley 100 de 1993 contempla el descuento de estas sumas no solo en el RAIS, sino también en el RPM y por tal motivo, al ser COLPENSIONES quien recibe esas sumas de dinero se estaría afectando el patrimonio de Porvenir SA, ocasionándole un perjuicio económico al tener que asumir estas cargas de su propio pecunio. De ello, a juicio de la demandada, no existe motivo para condenar al reintegro de sumas de dinero que ya no posee, toda vez que aquellas han sido a las aseguradoras que han amparado a la demandante frente a los riesgos de invalidez o muerte y los gastos de administración se han empleado en las operaciones financieras que han permitido la generación de los rendimientos financieros y por ende su ahorro pensional es más sostenible.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la ineficacia o nulidad del traslado y sobre los vicios del consentimiento.

Indica la parte demandada que no obra prueba alguna dentro del expediente que demuestre la existencia de vicios del consentimiento como el error, fuerza o dolo conforme a lo consagrado en el art. 1740 del código civil; argumenta que, en el caso objeto de recurso, se encuentra un error de punto de derecho que no tiene fuerza para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y el fondo privado, por ello, a su juicio, sostiene que se está dando una indebida interpretación del art. 1604 del Código Civil.

Del mismo modo, argumenta, que en relación con los fallos de traslado se tiene que la responsabilidad solamente recae en cabeza de los fondos y por ende la responsabilidad se ha convertido en objetiva y no se le está exigiendo a la actora aportar prueba alguna que demuestre que se está en presencia de algún vicio del consentimiento.

2. Del deber de informarse adecuadamente del sistema general de pensiones.

Manifiesta la demandada que conforme el Decreto 2241 de 2010, existen obligaciones recíprocas por parte de los demandantes en estos temas, uno de ellos el deber de informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones y el de aprovechar los mecanismos de divulgación, información y capacitación del sistema general de pensiones. Trae a colación una de las sentencias proferidas por este órgano judicial con radicado 2018445 del 20 de julio de 2020, Magistrado Ponente David Correa; encuentra sustento en esta providencia al tenor de lo allí manifestado sobre la provisión legal de los 10 años que tienen los demandantes para tener derecho a la pensión a ello sumado con que, acode a la providencia citada, no es viable que los demandantes pretendan una nulidad o ineficacia después de que observó que la pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas y por ende el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema que optó.

3. Del principio de descapitalización del Sistema.

Argumenta la parte demandada Colpensiones frente a este punto que, con la declaratoria de ineficacia se quiebra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, sostiene su argumento en las sentencias como las 1024 del 2004, la SU 062 del 2010, la SU 130 del 2013, de lo cual, sostiene, que la Corte Constitucional ha manifestado que, en materia de traslado, los demandantes no pueden resultar subsidiados a costa de recursos ahorrados de otros afiliados al sistema de régimen de prima media, pues de la declaración injustificada de un afiliado del RAIS al RPM afecta directamente la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro los derechos de los demás afiliados al sistema. A ello suma que no se puede permitir la descapitalización de fondo si personas que no contribuyeron a su formación, vienen del último momento a beneficiarse a un derecho a una pensión y a un ahorro comunitario y accediendo a una pensión que cuyo pago directamente desfinanciaría el sistema pensional.

La **parte demandada (Banco de Bogotá)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. De la imposibilidad de afiliar a la demandante al Instituto de Seguros Sociales en el período comprendido ente el 8 de octubre de 1987 y el 31 de diciembre de 1994 y del calculo actuarial.

Argumenta la demandada Banco de Bogotá SA que, en el municipio de Garagoa, Boyacá, el Instituto de los Seguros Sociales inició cobertura hasta el 1 de enero de 1995 por lo que durante el período comprendido entre el 8 de octubre de 1987 y el 31 de diciembre de 1994 que la demandante laboró para la demandada en aquel municipio era imposible afiliarla contra los riesgos de invalidez, vejes y muerte al ISS. Sostiene que fue con la Ley 90 de 1946 y posteriores circulares y resoluciones que se ampliaba progresivamente la cobertura a nivel nacional y fue con el Decreto 224 de 1966 emanado por el consejo directivo del Instituto de los Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 3041 del 1966 que se llamó a inscripciones obligatorias a cotizar los riesgos de invalidez, vejez y muerte en algunas zonas del país, pero que de conformidad a esa normatividad se concluyó, con posterioridad, que con el Decreto 1824 de 1965 se iniciaba en el Municipio de Garagoa.

Argumenta que, contrario a lo que se manifestó a lo largo de la litis, el Banco sí realizaba la provisión de los recursos para las personas que cumplieran con los requisitos para ello, acorde a lo establecido en el art. 260 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, para cumplir con las contingencias que se llegaran a presentar.

Resalta que conforme a lo que se señalaba en el Decreto 1665 de 1988 existía una imposibilidad legal para afiliarse a sus colaboradores en municipios donde no existía cobertura, toda vez que podría haber una cancelación por afiliación indebida más la multa correspondiente por ese hecho.

Sumado a lo anterior, arguye la parte demandada que, para ese momento, conforme a lo manifestado en jurisprudencia de antaño, se concluía que no había obligación alguna al haber imposibilidad del empleador de hacer esas cotizaciones a seguridad social, pues, reitera, no había cobertura en el municipio de Garagoa. Señala que siempre actuó de buena fe y cumplió la normatividad vigente para ese momento, por ende, a juicio de la demandada, se cumplió con el efecto jurídico que tiene las normas que es hacia el futuro y ello va ligado al principio de confianza legítima toda vez que se tenía la convicción de que se estaba actuando conforme a la Ley vigente.

Continúa su línea argumentativa indicando que, de conformidad a lo dicho en precedencia, se demostró que tan pronto hubo cobertura en el Municipio de Garagoa, Boyacá, en enero de 1995 se procedió a afiliar y efectuar las cotizaciones correspondientes de la demandante; reitera que siempre se estuvo actuando de buena fe, bajo el principio de confianza legítima y por ello se creía que el actuar de ese momento era lo correcto y lo que se esperaba, con fundamento en la historia laboral de la demandante argumenta que de allí se puede extraer que efectivamente se le cotizó desde el año de 1995 y hasta que se dio por terminada la relación laboral.

Sostiene que en razón al cambio normativo y jurisprudencial que se ha venido dando se sostiene ahora que existió una omisión del empleador cuando lo que en realidad existió fue una imposibilidad jurídica de poder cumplir, que es diferente, y es por esas razones que se condena al pago de valores que son desproporcionados y efectuar cotizaciones que, en su momento, no debía realizar porque no había cobertura.

Por otro lado, indica que en ese momento era el Banco empleador quien cumplía con la cobertura de esos riesgos y solo fue hasta que el ISS llegó que los empleadores dejaron de ser quienes cumplían con dicha carga, es por ello que tan pronto hubo cobertura se inició a efectuar los aportes al ISS.

Como argumento final a este punto, sostiene la demandada que el ISS no efectuó el correspondiente cobro coactivo al momento de la afiliación, toda vez que se le informó que la demandante llevaba laborando tiempo atrás a su afiliación con la entidad bancaria, indica que para las personas que han realizado cobro coactivo se les ha efectuado el correspondiente pago para que tengas cubiertos los tiempos laborados para la entidad; con fundamento en ello argumenta que el cobro se está realizando mucho tiempo después y ello ocasiona que se condenen valores desproporcionados máxime cuando la demandada nunca incumplió con el Sistema de Seguridad Social.

2. Del condicionamiento de la sentencia de primera instancia para el pago del cálculo actuarial.

Manifiesta la demandada que, con relación a este punto, el *A-Quo* señaló 5 días para el pago de dicho cálculo una vez Colpensiones efectuó el mismo, lo que, a su juicio, es un período de tiempo muy corto, toda vez que la entidad

se ha encontrado con muchas trabas para que Colpensiones emita el pago de dicho cálculo actuarial, sumado a que, si bien se puede contar con una provisión, el cálculo puede ser mayor a aquella y ello genera que se deban realizar una serie de movimientos internos en la entidad para efectuar el pago con posterioridad, pero que mientras se realizan dicho movimientos la parte demandante podría estar iniciando un proceso ejecutivo de manera acelerada cuando la entidad ni siquiera ha podido estar dentro de los términos establecidos para hacer el pago, teniendo en cuenta que deben esperar a que Colpensiones emita el respectivo cálculo y con posterioridad hacer le pago pertinente.

En razón a lo anterior solicita la demandada que se le otorgue un tiempo razonable que le permita o facilite cumplir con lo ordenado con lo ordenado por la jurisdicción ordinaria laboral, lo anterior sin entender que se allana a las condenas impuestas por el *A-Quo*.

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por los siguientes puntos:

1. Del Bono Pensional.

Solicita la demandante que, de conformidad al reconocimiento efectuado por el *A-Quo* en sentencia de primera instancia, correspondiente al periodo laborado entre el 8 de octubre de 1987 y el 31 de diciembre de 1994, como relación activa con contrato de trabajo con la demandada Banco de Bogotá SA se debe emitir el correspondiente Bono pensional acorde al art. 115 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. efectuado por el (la) señora **Martha Isabel Cuesta Alfonso** el día 8 de octubre de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM; **3.** Si hay lugar a condenar al Banco de Bogotá SA al pago del cálculo actuarial de las sumas dejadas de cotizar por el período comprendido entre el 8 de octubre de 1987 y el 31

de diciembre de 1994; **4.** Si es procedente la emisión del bono pensional de la señora **Martha Isabel Cuesta Alfonso** de conformidad con el artículo 115 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir el 8 de octubre de 1998, con efectividad a partir del 1° de diciembre de 1998 (fl. 30 y 86 de la contestación de la demanda de Porvenir. Archivo 14 del Cd No.2 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen

sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados, en la contestación de la demanda **Colpensiones aportó:** el expediente administrativo de la demandante, la historia laboral de la demandante, certificado laboral del demandante expedido por la Gerencia del Banco de Bogotá del 10 de junio de 2019. **AFP Porvenir SA aportó:** SIAFP, historia laboral consolidada Porvenir, resumen historia laboral de la demandante, historia laboral de la OBP, relación de aportes, histórico de movimientos, formulario de afiliación, certificado de afiliación, comunicado de prensa, concepto de la superintendencia financiera de Colombia No. 2019152169-003-000.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 8 de octubre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 8 de octubre de 1998, la demandante tenía 204 semanas (fl. 22 de la contestación de la demanda de Porvenir SA. Archivo 14 del CD No.2 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 15 de mayo de 1962 – Documento 28 del Archivo 10 del CD No.1 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2019 (precisando que para el 17 de febrero de 2021, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP PORVENIR SA, la demandante había cotizado más de 1011 semanas fl.22 de la contestación de la demanda de Porvenir SA. Archivo 14

del CD No.2 del expediente digital), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP Porvenir S.A.

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)

Con relación a lo manifestado por las demandadas (Porvenir y Colpensiones), conforme a que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

*"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, **debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado**, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, **el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación** y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque **desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados**, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"*

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por las demandadas (Porvenir y Colpensiones), el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, como tampoco se puede deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante. Así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y

recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Respecto del argumento expuesto por la apoderada de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó:

"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos,

desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).

De igual manera, frente a lo manifestado por la apoderada de Colpensiones en lo que tiene que ver con la descapitalización del sistema, ha de mencionarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Ahora bien, frente a lo manifestado por la apoderada del Banco de Bogotá en lo que tiene que ver con la imposibilidad de afiliar a la demandante al ISS en el período comprendido entre el 8 de octubre de 1987 y el 31 de diciembre de 1994, cabe mencionar que, la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia en torno a las consecuencias que conlleva la omisión a la afiliación de los trabajadores al Instituto de los Seguros Sociales, donde no existía cobertura, ni la obligación de inscripción, se ha manifestado en sentencias como la SL1378 de 2022 que recuerda lo dicho por la misma sala en sentencia SL2879 de 2020:

"(...) vale recordar que la obligación del pago de las pensiones de jubilación estaba en cabeza de los empleadores antes de la creación del ISS. Por ello, cuando la Ley 90 de 1946 estatuyó el seguro social obligatorio, dispuso, en sus artículos 72 y 76, que el ISS asumiría gradualmente el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela a dicha entidad en tal momento, para efectos del reconocimiento del derecho pensional.

De modo que la carga pensional de jubilación continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no hubiera presencia del ISS; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto."

En tal sentido no es de recibo el argumento expuesto por la demandada en lo referente a que las cotizaciones correspondientes al periodo de tiempo objeto de debate no se realizaron por cuanto existía la imposibilidad de afiliarla dada la ubicación en la que se desarrollaba la relación laboral, a saber, el Municipio de Garagoa, Boyacá, ello no es justa causa para eximir al empleador del pago de dichas cotizaciones, pues se recuerda que era el empleador en quien recaía la

obligación de cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte para la época en que la demandante no estuvo afiliada al ISS, de manera que el empleador debió emplear un provisión para el cubrimiento de los mencionados riesgos y que, con posterioridad, en la fecha en que se pudo realizar la afiliación de la demandante al ISS, era el mismo empleador quien, si lo que pretendía era liberarse de la carga de cobertura de los riesgos de invalidez, vejez o muerte, debía realizar el pago al ISS correspondiente a la provisión legal por el tiempo en que la trabajadora no estuvo afiliada.

De lo anterior, en Sentencias SL9856-2014, SL939 de 2019 que recientemente fueron reiteradas por la SL1312 de 2022, se sostuvo:

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

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

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

Así mismo, frente al reproche de la demandada que tiene que ver con las sumas de dinero sobre las que se efectúe el correspondiente calculo actuarial cabe aclarar que, al tenor del art. 33 de la Ley 100 de 1993, el valor del cálculo actuarial recae exclusivamente en el empleador del cual, en su momento, recaía la carga o la cobertura del riesgo de invalidez, vejez o muerte, sin que de ello se disponga porcentaje o valor alguno de contribución por parte del trabajador, para lo cual se trae a colación lo manifestado por la Sentencia CSJ SL2584 de 2020:

"(...) La razón por la cual el empleador debe asumir integralmente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador."

De lo anterior se concluye que si existen razones para condenar a la demandada Banco de Bogotá SA a realiza el correspondiente cálculo actuarial por las sumas dejadas de cotizar en el periodo comprendido entre el 8 de octubre de 1987 y el 31 de diciembre de 1994, despachando de forma desfavorable está suplica de la demandada.

En lo que se refiere al condicionamiento de la sentencia para efectuar el pago de correspondiente cálculo actuarial cabe resaltar que este es un trámite administrativo interno tanto de la entidad como de Colpensiones del cual la demandante no tiene que verse afectada. Despachando desfavorable esta suplica.

Finalmente, frente a la súplica del apoderado de la demandante, en lo que tiene que ver con la emisión del Bono pensional con fundamento en el reconocimiento de la relación efectuada entre la demandante y el Banco de Bogotá entre el periodo del 8 de octubre de 1987 y el 31 de diciembre de 1994, se precisa que, si bien se reconoce y ordena el pago del correspondiente calculo actuarial, se realiza por los periodos laborados que efectivamente no se cotizaron bajo el empleador Banco de Bogotá SA.

Por otro lado, en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado, para la demandante no corresponde emitir el Bono pensional en los términos del artículo 115 de la Ley 100 de 1993 toda vez que estos son postulados que aplican a quienes

realizaron un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono."

En ese orden de ideas, en virtud de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado, se tiene que al retrotraer las cosas a su estado inicial, esto es, que la demandante nunca se trasladó del Régimen de prima media con prestación definida, sin que por tanto se encuentre dentro de las situaciones previstas en el artículo anteriormente mencionado, y por ende, no se encontró que haya estado vinculada al Estado ni a sus entidades descentralizadas, como servidora pública, o que hubiese estado vinculada mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, razón por la cual se despacha desfavorablemente las súplicas de la demandante frente a éste punto de apelación.

De lo anterior se concluye que habría lugar a la emisión del bono pensional en los términos del art. 115 de la Ley 100 de 1993 si se dieran los presupuestos establecidos para ello, téngase de presente que la demandante no los cumple.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia en su totalidad.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021 por el juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

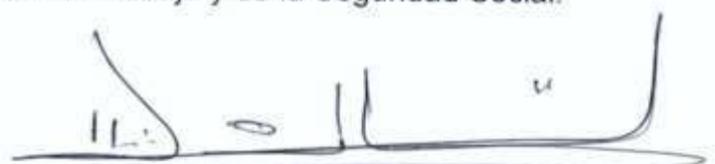
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500720200028801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500720200028801)

Aclaro Voto



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500720200028801)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado Ponente: Dr. MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 11-001-31-05-007-2020-00288-01.

MARTHA ISABEL CUESTA ALFONSO contra
COLPENSIONES Y OTROS.

Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, y atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, al atender lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las

sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Data ut supra



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 010-2014-00539-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **JAIME HERNÁNDEZ PARRA**
DEMANDADO: **CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA
ASFALTO LA HERRERA
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL.
PREVISORA S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de julio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante y demandada-PREVISORA S.A. y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL- presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 30 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JAIME HERNÁNDEZ PARRA, instauró demanda ordinaria laboral contra las sociedades CORTAZAR GUTIERREZ LTDA y ASFALTO LA HERRERA S.A.S, integrantes del CONSORCIO LUZ y solidariamente contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL, debidamente sustentada como aparece de folio 15 a 23 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** que las sociedades CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S integran el CONSORCIO LUZ.
2. **DECLARAR** que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL figuró como su empleador entre el 12 de marzo de 2011 y el 21 de agosto de 2012.
3. **DECLARAR** que las sociedades demandadas deben responder solidariamente por todas las acreencias laborales que se generaron entre el 12 de marzo de 2011 y el 21 de agosto de 2012.

DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS:

4. **DECLARAR** que el CONSORCIO LA LUZ figuró como su empleador entre el 12 de marzo de 2011 y el 21 de agosto de 2012.
5. **DECLARAR** que las sociedades demandadas deben responder solidariamente por todas las acreencias laborales que se generaron entre el 12 de marzo de 2011 y el 21 de agosto de 2012.

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **CONDENAR** de manera solidaria a las compañías demandadas al pago de 21 días de salarios, equivalentes a \$396.690.
2. **CONDENAR** solidariamente a las demandadas al pago de las primas de servicios.
3. **CONDENAR** solidariamente a las accionadas al pago de cesantías e intereses sobre las cesantías.
4. **CONDENAR** a la pasiva de manera solidaria al pago de vacaciones.

5. **CONDENAR** al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T.
6. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó demanda: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL**, tal como se advierte del escrito que obra de folio 62 a 67 del expediente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito y se evidencia del auto dictado el 15 de mayo de 2015, por el juzgado de origen. En igual sentido se pronunció la compañía **ASFALTOS LA HERRERA S.A.S EN LIQUIDACION JUDICIAL** (folio 353)

Así mismo, la sociedad **CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA**, a través de curador ad-litem, dio contestación a la demanda, manifestando no oponerse, ni allanarse a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo la excepción genérica (folio 272-273)

Por otra parte, el Juzgado de Primera ordenó el llamamiento en garantía de la **PREVISORA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS**, que fuese solicitado por **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL**, entidad que en sus argumentos de defensa adujo oponerse a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de fondo (folio 145 y 189)s

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 10° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de julio de 2020, **DECLARÓ** que el consorcio Luz que estaba conformado por las empresas Cortázar y Gutiérrez LTDA y Asfaltos la Herrera SAS en liquidación, suscribió el contrato 113 de 10 de marzo del 2011 con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial. **DECLARÓ** que entre el señor Jaime Hernández Parra y el Consorcio Luz, conformado por las empresas Cortázar y Gutiérrez LTDA y Asfaltos la Herrera SAS en liquidación, existió un contrato de trabajo entre el 3 de julio del 2012 y el 21 de agosto del 2012, en el cargo de ayudante de obra, con un salario de \$566.700, **DECLARÓ** que Cortázar y Gutiérrez LTDA y Asfaltos la Herrera SAS en liquidación son

responsables de las obligaciones laborales con el demandante. **DECLARÓ** probada la excepción de prescripción propuesta por Asfaltos la Herrera SAS en liquidación, declaratoria que también favoreció a la demandada Cortázar y Gutiérrez LTDA, por ser una de las empresas integrantes del Consorcio Luz. También **DECLARÓ** probada la excepción de inexistencia de la obligación a favor de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y falta de legitimación en la causa, propuesta por la Previsora de Seguros SA, inexistencia de la relación laboral entre el demandante y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, inexistencia de la obligación de pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones a cargo de la Unidad, en consecuencia **ABSOLVIÓ** a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y a la llamada en garantía Previsora SA – Compañía de seguros SA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Como sustento del recurso, el impugnante señaló que el 18 de junio de 2015, presentó un escrito ante la sociedad CORTAZAR LTDA, el que a su juicio interrumpió el término prescriptivo, por lo que contaba con tres años para reclamar los derechos o acreencias laborales. Además expuso que la Sala de Casación Laboral, en múltiples sentencia ha expresado que las pretensiones declarativas no prescriben.

Expuso que el artículo 284 del C.G.P, prevé que la excepción de prescripción debe ser alegada por la contraparte y no puede ser declarada de oficio por la autoridad judicial, que en el caso de las sociedades demandadas, el mencionado medio exceptivo no fue propuesto por el curador, sumado a que es la contestación presentada por el auxiliar de la justicia, la que se debe tener en cuenta y no aquella presentada por el abogado de la compañía ASFALTO.

Preciso que la declaratoria del mencionado medio exceptivo no puede beneficiar a la restante compañía, integrante del consorcio la Luz, ya que se trata de un Litis consorcio facultativo y no necesario, que en materia laboral, el trabajador

tiene la posibilidad de demandar al verdadero empleador, a sus socios, a sus beneficiarios o a las personas que conforman la entidad que lo contrato.

Por otra parte manifestó, frente a los extremos temporales de la relación laboral, que se debe tener en cuenta el artículo 53 de la Constitución Nacional, esto es, la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que los documentos aportados y que dan cuenta de las fechas en que estuvo vigente el contrato de trabajo, no son útiles para el efecto, sino que se deben analizar las declaraciones de los testigos, además que en la diligencia en que fue declarado confeso, ante la inasistencia a absolver el interrogatorio de parte, no se dijo nada frente a los extremos temporales del vínculo de trabajo, sumado a que existe un desprendible de nómina expedido por la unidad administrativa y una liquidación elaborada por el Consorcio que permiten concluir que la relación inicio en junio de 2011.

Preciso que la Unidad de Mantenimiento Vial, es una entidad que debe responder, no como empleador, sino como beneficiario del servicio, en la medida que las actividades se ejecutaron en las instalaciones o locales de esta entidad, con sus herramientas e infraestructura, por lo que a su juicio están reunidos los requisitos contemplados en el artículo 34 del C.S.T, para declarar la responsabilidad solidaria. Finalmente manifestó que no existió buena fe por parte de las demandadas.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Cuáles fueron los extremos de la relación laboral que sostuvo el demandante con las compañías integrantes del Consorcio la Luz. 2. Si las acreencias que se generaron en vigencia del vínculo laboral se vieron afectada por la prescripción. 3. Si la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE MANTENIMIENTO VIAL, debe responder solidariamente por las condenas impuestas a los miembros del Consorcio LUZ

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Antes de darle solución al cuestionamiento planteado, cabe mencionar que en esta instancia, no hubo inconformidad alguna sobre las prosperidad de las pretensiones denominada "*declarativas subsidiarias*" y la negativa frente a las principales, esto es, que se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre el aquí demandante JAIME HERNANDEZ PARRA y las sociedades CORTAZAR GUTIERREZ LTDA Y ALFATOS LA HERRERA S.A.S en liquidación judicial, como integrantes del CONSORCIO LUZ, y ello es así en la medida que el actor al sustentar el recurso de apelación, alegó lo referente a los extremos temporales de dicha relación laboral, sumado a que enunció que la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE MANTENIMIENTO VIAL debe responder como beneficiaria de la obra "*la Unidad de Mantenimiento vial, es una entidad que debe responder, no si bien como verdadero empleador, por lo menos como beneficiario*"

Así las cosas, pasa esta Sala a definir los extremos temporales de la relación laboral que vinculó al señor JAIME HERNANDEZ PARRA y el CONSORCIO LUZ, conformado por las sociedades CORTAZAR GUTIERREZ LTDA Y ALFATOS LA HERRERA S.A.S en liquidación judicial.

Para resolver el anterior interrogante, es conocido que el Artículo 24 del C. S. del T. dispone que "*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*". No obstante, esta mera presunción, no tiene la virtualidad de dirimir por sí misma la contienda, sino que comporta una mera ventaja probatoria, resultando por demás desvirtuable a través de los medios de prueba que tenga a su alcance la pasiva, por lo tanto, si bien el actor no tiene por obligación demostrar la subordinación y continuada dependencia, si le resulta exigible el deber de acreditar la prestación personal del servicio

En ese orden de ideas, incumbe al demandante demostrar la prestación personal del servicio y a la demandada desvirtuar la presunción del ya mencionado Artículo 24 del C. S. del T., es decir, que las partes corren con la carga de la prueba en los términos y condiciones ya mencionadas, previstas en el artículo 167 del Código General del Proceso y sin perjuicio de las presunciones legales aplicables a la materia.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicado SL 6621 de 2017, ha expresado:

“Vale la pena recordar, al igual que lo hizo el juez plural, que como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.”

Se tiene entonces, que el actor en la demanda expresó que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 12 de marzo de 2011 y el 21 de agosto de 2012, hecho frente al cual la sociedad CORTAZAR GUTIERREZ LTDA, como integrante del consorcio mencionado, adujo no constarle, en la medida que su contestación se presentó a través de curador (folio 272), mientras que la restante compañía, que expuso sus argumentos de defensa a través del abogado de confianza asignado para ello, no acepto dicha situación fáctica, escrito que fue admitido por el juzgador de primera instancia, tal como se evidencia del auto que obra folio 353, sin que en su momento las partes, hubiese presentado reparo o inconformidad alguna respecto de esa providencia, quedando debidamente ejecutoriada, por lo que se entiende que es la contestación que radicó el abogado JOAN SEBASTIAN MARQUEZ ROJAS y que obra a folio 326, el que se debe analizar y no aquel presentado por el Curador, como erradamente lo peticiona el accionante.

Ahora, pese a que el A-quo tuvo por contestada la demanda por parte de ASFALTOS LA HERRERA S.A.S, lo cierto es que dio por cierto los hechos contenidos en los numerales 5 al 28, al no subsanarse las falencias advertidas en el proveído que inadmitió el escrito; no obstante, ateniendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en sentencia SL660 de 2019, se considera que en las condiciones señaladas por el A-quo no resulta válida tal confesión, ya que solo hizo referencia a unos numerales, sin especificar en si los hechos o situaciones fácticas:

“Y más recientemente en sentencia de la CSJ SL468-2019, rad. 73801, en un caso análogo en el que el juez de conocimiento al igual que acá ocurre, declaró la confesión ficta por la no comparecencia del demandado a la audiencia de conciliación obligatoria aludiendo simplemente a «los hechos 3.1 a 3.9 de la demanda», se determinó que en estas condiciones no resulta válida tal confesión, y se puntualizó:

Conforme lo acepta la recurrente, no es objeto de cuestionamiento entre las partes: (i) que Jorge Luis Tovar Muñoz, falleció el 19 de julio de 2010, (ii) el

parentesco de consanguinidad con la actora; (iii) que el causante estuvo afiliado a Colpensiones y, dentro de los últimos 3 años anteriores al deceso, cotizó al sistema de seguridad social integral 154 semanas.

Así las cosas, la acusación se soporta en que el ad quem ignoró las consecuencias de la confesión ficta que determinó el juez de primer grado en el auto de 2 de octubre de 2013 (f.º 71 y 72, cuaderno del juzgado), toda vez que, afirma, con los hechos así acreditados se configuró el presupuesto de dependencia económica indispensable para acceder a la pensión solicitada por la promotora del litigio.

Pues bien, en el sub lite ante la inasistencia del representante legal de Colpensiones a la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, el juez de primera instancia declaró la confesión ficta, de «los hechos 3.1 a 3.9 de la demanda», que corresponde a todos los presupuestos fácticos enunciados por la demandante en dicha pieza procesal (f.º 71 del C. del Juzgado).

Por su parte, el órgano colegiado analizó dicha confesión ficta y determinó que la precisión del a quo de tener por confesa a la demandada de todos los numerales que integran el escrito inicial, no satisface las exigencias previstas en el entonces vigente artículo 210 del Código de Procedimiento Civil modificado por el inciso 3.º del artículo 22 de la Ley 794 de 2003.

Lo anterior, por cuanto para el ad quem, el juzgador de primer grado omitió una concreción clara y precisa de aquellos supuestos fácticos susceptibles de confesión, pues afirmó genéricamente que se tenían por ciertos los hechos del escrito inicial. Por tanto, el Tribunal concluyó que no había lugar a declarar confesión ficta.

Dicha postura, acompasa con el criterio de esta Corporación que, reiteradamente, ha sostenido que para que dicha figura opere, es indispensable que el juez de primera instancia, determine y especifique cuáles hechos de la demanda son susceptibles de confesión en los términos del artículo 195 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil, a fin de que la contraparte pueda ejercer eficazmente y de manera oportuna, sus derechos de defensa y contradicción (CSJ SL7145-2015 reiterada en la CSJ SL3865-2017).

[...]

En tal sentido, el Tribunal no incurrió en equivocación alguna al no darle efecto a la aludida confesión, al considerar que en el curso de la audiencia realizada el 2 de octubre de 2013, el juzgador de primer grado declaró la confesión ficta de los hechos susceptibles de confesión –sin especificar cuáles–, pues al coincidir con la totalidad de los presupuestos fácticos de la demanda su dicho equivale a la aseveración genérica «los hechos de la demanda»

Por lo anterior, no se puede dar por sentado que los extremos laborales quedaron probados de la confesión ficta decretada por el Juez de primera Instancia, al no presentarse los presupuestos para ello.

Ahora, el observar los restantes medios probatorio, encontramos a folio 13 del plenario un documento denominado “CONFORMACION DE CONSORCIO”, en cuya cláusula primera se indica: “El consorcio que se constituye mediante el presente documento tiene por objeto presentar una propuesta en el marco del

proceso de la LICITACION PUBLICA N° UMV-LP-001 cuyo objeto es EJECUCION DE ACTIVIDADES OPERATIVAS Y ADMINISTRATIVAS COMPLEMENTARIAS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL DE LA CIUDAD A CARGO DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL Y ACTIVIDADES REQUERIDAS EN LAS SEDES OPERATIVAS DE LA UMV". Así mismo en la cláusula Quinta se expresó: "La duración del CONSORCIO LUZ, en caso de salir favorecido con la adjudicación, será igual al tiempo comprendido entre el cierre de la licitación pública y el vencimiento del plazo de vigencia del Contrato y DOS (2) años y SEIS (6) meses más"

Adicionalmente del documento aportado a folio 87, se evidencia que el CONSORCIO LUZ y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL, suscribieron el 10 de marzo de 2011, el contrato de obra n.º113, por un plazo de 12 meses y por un valor de \$10.000'000.000, sin embargo, el mismo inicio el 22 de marzo de 2011, por lo que con base a esta información no es posible declarar que el extremo inicial del contrato de trabajo que firmó el demandante con el consorcio, lo fue a partir del 12 de marzo de 2011, en la medida que como bien se mencionó el mismo se empezó a ejecutar días después, situación que además desvirtúa lo enunciado por el testigo Guillermo Neisa, quien afirmó que el demandante inicio labores el 12 de marzo de 2011: *"nosotros iniciamos todos el mismo día que fue el 12 de marzo de 2011"*. Así como aquella declaración del testigo JOSE DAVID HERNANDEZ, quien también manifestó que el demandante inició labores el 12 de marzo de 2011, mientras que el señor GUSTAVO ECHEVERRIA, en su testimonio aseguró que el ingreso del accionante al consorcio, lo fue el 11 de marzo de 2011.

Aunado a que, el primero de los testigos mencionados adujo que la labor del demandante consistía: *"él era ayudante de obra, o sea, era ayudante extendiendo material y en los deberes que habían de hacer como ayudante"*, mientras que JOSE DAVID HERNANDEZ, en su declaración afirmó que las funciones del demandante consistía en *"extender asfalto, cuando tocaba echar asfalto, cuando tocaba, digamos hacer vías, trabajo de obra en las vías, extender recebos"*.

Luego entonces, atendiendo lo manifestado por los testigos, respecto del extremo inicial y las actividades desempeñadas por el actor, se concluye aún

mas que no es posible decretar la existencia de la relación laboral desde el 12 de marzo de 2011, dado que las labores encomendadas al actor, solo se podían realizar una vez iniciado el contrato de obra suscrito entre las personas jurídicas, lo que ocurrió el 22 de marzo de 2011, pues como ya se precisó el consorcio fue constituido solo para presentar la propuesta en el marco del proceso de la LICITACION PUBLICA N° UMV-LP-001, la que fue adjudicada, iniciando actividades días después de su suscripción.

Por otro lado, no se puede dar por demostrado el extremo inicial petitionado, de la petición que efectuó el actor a la compañía ASFALTOS LA HERRERA S.A.S, en la medida que dicho documento solo da cuenta de la presentación de un requerimiento ante la citada compañía, encaminado a obtener unas certificaciones y desprendibles de nóminas, mas no de las situaciones fácticas debatidas (folio 304)

En consecuencia, se negará la pretensión encaminada a que se declare la existencia de un contrato de trabajo con el CONSORCIO LUZ, conformado por las compañías accionadas, a partir del 12 de marzo de 2011, ya que el actor, no probó la prestación del servicio, desde la calenda pretendida, carga probatoria que le correspondía.

Ahora, tampoco es posible tener como extremos temporales aquellos descritos en la liquidación definitiva que obra a folio 356, esto es, desde el 3 de julio de 2011 al 21 de agosto de 2012, en la medida que la luz de lo establecido en el artículo 244 del C.G.P, un documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento, requisitos que no reúne la mencionada liquidación, en la medida que no se encuentra firmado por ninguna de las partes en litigio, por lo que no tiene la connotación del documento, al desconocerse su autor o creador, a lo que se agrega, que fue aportado al plenario por la Unidad Administrativa accionada, entidad que no figuró como empleador del aquí demandante.

Así mismo, si bien la sociedad ASFALTOS LA HERRERA S.A.S, no desconoció expresamente la precitada liquidación, desde su escrito de contestación refuta los extremos temporales, relacionados por el actor.

Por otra parte, en la supuesta liquidación final se indican que el vínculo laboral estuvo vigente entre 3 de julio de 2011 al 21 de agosto de 2012, pero seguidamente, se señala como tiempo de servicio 49 días, más aun cuando al revisar las planillas de nómina, que obran de folio 357 a 366, a través de las cuales se relacionan los trabajadores del Consorcio Luz, a los que se les tenía que cancelar las cesantías correspondiente al año 2011, no registra el accionante, lo que indica que no se puede pregonar que el contrato de trabajo estuvo vigente durante las fechas mencionadas, al no tenerse certeza de su contenido.

En consecuencia, y al no estar probado que el actor prestó sus servicios al Consorcio la Luz, por un lapso superior al establecido por el A-quo, se habrá confirmar en este aspecto la sentencia de primera instancia, es decir, que el contrato de trabajo celebrado entre el demandante y el Consorcio Luz, integrado por las compañías CORTAZAR GUTIERREZ LTDA y ALFALTO LA HERRERA S.A.S, tuvo una vigencia comprendida entre 3 de julio de 2012 al 21 de agosto de 2012, con una asignación de \$566.700.

En relación con el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, el juez de primera instancia determinó que se adeudaba a favor del trabajador la suma de \$625.116, además consideró que era procedente la indemnización moratoria, contemplada en el artículo 65 del C.S.T., al no encontrarse demostrada la buena fe. Sin embargo, el Juez de Primera Instancia, expresó que pese a la procedencia de las acreencias enunciadas, no había lugar a emitir condena por estos conceptos al encontrarse configurada la excepción de prescripción, por lo que es este tema el que le incumbe estudiar o analizar a esta Corporación.

Para lo cual tenemos, que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P.L., regulan en su integridad lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales, indicando que las acciones derivadas de los mismos prescriben en tres años, contados a partir de que la obligación se hace exigible. Término que se interrumpe por una sola vez por un lapso igual, con el simple reclamo del trabajador recibido por el empleador, sobre un derecho o una prestación debidamente determinados.

En el asunto de marras, tenemos que el contrato de trabajo tuvo una duración comprendida desde el 3 de julio de 2012 al 21 de agosto de esa misma anualidad, mientras que la demanda fue radicada el 08 de agosto de 2014, por

lo que en principio pensaría esta Sala que, el fenómeno jurídico en mención no afecto las prestaciones reclamadas, de no ser porque el artículo 90 del C.P.C.-vigente para la época de radicación de la demanda (agosto de 2014)-, prevé lo siguiente: *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante.”*

Ahora, la Sala de Casación Laboral en la sentencia n.º84484 de 2021, estableció que la regla establecida en la norma citada, no aplica cuando dicha notificación no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado:

“Referente a que la presentación de la demanda inaugural interrumpe el término prescriptivo siempre y cuando el auto admisorio se «notifique» al demandado dentro del año siguiente a la notificación al demandante del auto admisorio de la acción no aplica cuando dicha «notificación» no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado, como quiera que esa eventualidad no puede redundar en perjuicio del promotor del litigio.

Partiendo de lo anterior, la Sala procede a revisar el expediente y observa lo siguiente:

- i) La demanda fue radicada ante la oficina de reparto, el 08 de agosto de 2014 (folio 24)
- ii) La demanda fue admitida el 7 octubre de 2014.
- iii) Por auto del 15 de mayo de 2015, el Juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y requirió a la parte actora para que procediera a notificar a las demandadas CORTAZAR GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S (folio 146)
- iv) El 24 de abril se recepcionó citatorio-Art. 315-en la calle 105 n.º 14-92 OFC 103 Bogotá, dirección perteneciente a la sociedad CORTAZAR GUTIERREZ LTDA, según certificado de Cámara de Comercio.

- v) Mientras aquella comunicación que contempla el artículo 320 del C.P.C, la que remitida a la sociedad en mención, el 13 de agosto de 2015, fue remitida a una dirección diferente a la enunciada precedentemente, esto es, CL 105 N°14ª-92 OFC 103, documento que fue devuelto por encontrarse "cerrado" (folio 156)
- vi) La empresa de correos EXPRESS SERVICES, indicó que el aviso enviado a la empresa ASFALTOS LA HERRERA SAS, a la dirección Calle 152 n.º21ª-69 Bogotá, no pudo ser entregado "DESTINATARIO DESCONOCIDO" (folio 169)
- v) Por auto del 14 de septiembre de 2015, el Juzgado rechaza la solicitud del demandante, de ordenar el emplazamiento de las sociedades y el nombramiento de curador ad-litem, por cuanto consideró que frente a la compañía ASFALTOS DE HERRERA S.A.S., no se allegó certificación de envío de la comunicación para notificación, mientras que respecto de la restante sociedad, la dirección a la que remitió el aviso no correspondía a la relacionada en el certificado de existencia y representación legal (folio 184)
- vi) Por providencia del 24 de noviembre de 2015, el Juzgado requirió nuevamente al demandante para que realizara la notificaciones a las demandadas (folio 225).
- vii) El 18 de enero de 2016, se realizó el envío de la comunicación a las sociedades CORTAZAR GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. sin embargo el mismo fue devuelto por "DESTINATARIO DESCONOCIDO" (folio 231-236)
- viii) Mediante providencia fechada el 29 de marzo de 2016, el A-quo peticiono que previo a nombrar curador, se realizara la notificación por aviso (folio 238)
- ix) El 22 de junio de 2016, la parte actora envió el documento (folio 244)
- x) el 4 de agosto de 2016, el Juzgado de origen, designó tres auxiliares de la Justicia como curador ad-litem de la sociedad demandada CORTAZAR GUTIERREZ LTDA (folio 258)
- xi) El 16 de febrero de 2017, se notificó personalmente el Dr. Carlos EDUARDO PORTILLA ROSERO, como curador ad-litem de las demandadas CORTAZAR GUTIERREZ LTDA y ASFALTSO LA HERRERA S.A.S, como integrantes del Consorcio Luz.

A partir del recuento de las situaciones ocurridas en el presente proceso, fluye que el auto admisorio de la demanda le fue notificado a la parte demandada después de vencido el término de un año a que alude el citado artículo, por lo que concluye que el medio exceptivo en mención no fue interrumpido con la presentación de la demanda y por ende las prestaciones solicitadas se vieron afectada por la prescripción.

Por otra parte, cabe resaltar que en el presente asunto no existe un escrito presentado ante el empleador y radicado previo a la iniciación de la acción ordinaria, reclamando las acreencias aquí solicitadas, sin que tal presupuesto se tenga por surtido de los certificados emitidos por empresa de correo ESPRESS SERVICES (folio 290-294), en la medida que se trata de una actuación surtida con posterioridad a la presentación de la demanda-18 de junio de 2015-, máxime cuando fueron devuelto por "*destinatario desconocido*"

Finalmente, se precisa que si bien la sociedad ASFALTOS LA HERRERA S.A.S, fue la única que propuso la excepción de prescripción, en la medida que la compañía CORTAZAR GUTIERREZ LTDA, expuso sus argumentos de defensa a través de curador ad-litem, lo cierto es, que este medio exceptivo beneficia a esta última, en la medida que en el presente asunto fueron llamadas como un litisconsorcio necesario, al ser las integrante del CONSORCIO LUZ.

Lo anterior tiene su sustento en el artículo 83 del C.P.C., por cuanto la comparecía de las sociedades, era necesario, al haber intervenido en ese contrato de obra donde el demandante figuró como trabajador, es decir, la sociedad ASFALTO LA HERRERA S.A.S., en el asunto examinado no propuso la excepción como sociedad anónima simplificada, y de manera individualizada, sino como integrante del Consorcio.

Aunado a lo anterior, el artículo 7.º de la Ley 80 de 1993, establece: "*cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado.*", por lo que se entiende que si la solidaridad se extiende a esas personas integrantes del consorcio, de lógico también las actuaciones que las favorezcan o beneficien.

Se agrega además, que la Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL462 de 2021, cambio la postura que venía sosteniendo, en cuanto a que los consorcios y uniones temporales no tenían facultad para ser parte o comparecer en el proceso, para indicar actualmente que si pueden intervenir, expresando: "*la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para ahora establecer que las uniones temporales y consorcios sí tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso a través de su representante legal, y sin*

que deba constituirse un litisconsorcio necesario con cada uno de sus integrantes, y en esa medida pueden responder por las obligaciones de sus trabajadores, así como cada uno de sus miembros solidariamente. (...) Conforme lo anterior, la Sala precisa su criterio en el sentido que los consorcios y uniones temporales tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso a través de su representante legal y sin que deba constituirse un litisconsorcio necesario con cada uno de sus integrantes, los cuales pueden responder solidariamente”

Precedente jurisprudencial que no resulta aplicable al caso examinado, en la medida que para la fecha en que fue admitida la demanda, no existía tal postura, y por ende en su momento, el Juzgado Primigenio ordenó la vinculación de las sociedades en su calidad de integrantes del consorcio, sin que se hubiese llamado al Consorcio, para de esta forma poder pregonar y aplicar la decisión adoptada por nuestro máximo órgano de cierre.

De sumo con lo anteriormente expuesto, al no emitirse condena en contra del empleador, al encontrarse probada la excepción de prescripción sobre las pretensiones condenatorias, considera este estrado judicial que no hay lugar al estudio de la responsabilidad solidaria de la Unidad ADMINISTRATIVA DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL, pues de ser así no hablaríamos de una solidaridad, sino que la condena estaría en cabeza de esta única entidad.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Por resultar desfavorable el recurso al demandante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de las entidades accionadas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de julio de 2020, según se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

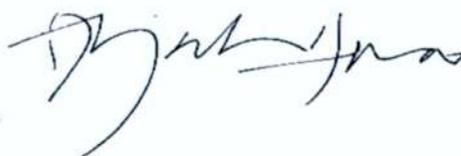
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310501020140053901)



DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310501020140053901)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310501020140053901)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 10-2017-00720-01

Bogotá D.C., abril veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: EDGAR HERNANDO VIDAL MORENO
DEMANDADO: ICOTEC COLOMBIA SAS
COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP
SEGUROS DEL ESTADO SA (Llamada en garantía)
ASUNTO : RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE,
DEMANDADAS Y LLAMADA EN GARANTÍA.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, demandada y llamada en garantía, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de octubre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante, así como la demandada TELECOMUNICACIONES SA ESP presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **EDGAR HERNANDO VIDAL MORENO** instauro demanda ordinaria laboral contra de **ICOTEC COLOMBIA SAS** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 71 y 72):

SE DECLARE:

- 1) Que entre ICOTEC COLOMBIA SAS y el demandante, existió un contrato de trabajo por duración de obra o labor contratada, desde el 6 de marzo de 2014 hasta el 7 de enero de 2016, cuya prestación personal del servicio se realizó en la ciudad de Bogotá.
- 2) Que, como consecuencia de lo anterior, se declare solidariamente responsable a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, de todas las obligaciones a indemnizaciones a que sea condenado ICOTEC COLOMBIA SAS por ser la beneficiaria de la prestación del servicio, tratándose de labores que no son extrañas a las actividades de la empresa, tal como lo establece el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Lo anterior, por cuanto el demandante realizaba la instalación, mantenimiento y reparación de los productos y servicios de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP y de la prestación de estos servicios era ésta quien se beneficiaba, por lo que pese a haber sido ICOTEC COLOMBIA SAS la intermediaria, aquella era la principal beneficiada.

SE CONDENE:

- 1) Pagar a favor del demandante, por concepto de salarios pendientes, desde el 1 al 7 de enero de 2016, la suma de \$175.000.
- 2) Reconocer y pagar por concepto de prestaciones sociales y compensación de vacaciones causadas:

Desde el 6 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2014:

Cesantías \$612.500

Intereses a las Cesantías \$60.025

Prima de Servicios \$615.500

Vacaciones \$306.250

Desde el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015:

Cesantías \$750.000

Intereses a las Cesantías \$90.000

Prima de Ser vicios \$750.000

Vacaciones \$375.000

Desde el 1 de enero de 2016 al 7 de enero de 2016:

Cesantías \$14.583

Intereses a las Cesantías \$34

Prima de Ser vicios \$14.583

Vacaciones \$7.291

- 3) Que los demandados deben pagar al demandante la sanción moratoria contemplada en el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, por no haberse cancelado, a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos al trabajador que corresponde a un día de salario (\$25.000) por cada día de retardo, a partir del 8 de enero de 2016, que a la fecha de presentación de la demanda (3 de octubre de 2017) equivale a 625 días (\$15.625.000), así mismo la presente condena debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.
- 4) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP** (fls. 102 a 241) contestó la demanda de acuerdo al auto que data del 28 de febrero de 2018 visible a folio 243. Se opuso a las pretensiones del demandante, propuso excepciones de mérito. Se admitió el llamado en garantía realizado por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP**, a la aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO**.

Por su parte, la demandada **ICOTEC COLOMBIA SAS** contestó la demanda (fl. 293 a 310), de acuerdo al auto que data del 27 de agosto de 2018 visible a folio 311 del

expediente. Se opuso a las pretensiones del demandante, propuso excepciones de mérito.

Así pues, la aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO** contestó la demanda y el llamamiento en garantía conforme la documental visible a folios 369 a 383, de acuerdo al auto que data del 4 de febrero de 2019 visible a folio 385 del expediente. Se opuso a las pretensiones del demandante, propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 10° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de octubre de 2019. **DECLARÓ** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante, señor EDGAR HERNANDO VIDAL MORENO y la demandada ICOTEC COLOMBIA SAS EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, que se desarrolló entre el 6 de marzo de 2014 y el 7 de enero de 2016 de carácter indefinido, devengando entre el 6 de marzo de 2014 al 31 de octubre de 2014 la suma de \$800.000, y a partir del 1 de noviembre de 2014 al 7 de enero de 2016 la suma de \$950.000, en el cargo de gestor de datos en el área de datos telefónicos.

CONDENÓ a la demandada ICOTEC COLOMBIA SAS EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, a pagar al demandante EDGAR HERNANDO VIDAL MORENO las siguientes sumas y los siguientes conceptos:

- i) Cesantías, la suma de \$968.472.
- ii) Intereses a las cesantías, la suma de \$114.043.
- iii) Prima de servicios, la suma de \$493.472.
- iv) Vacaciones, la suma de \$873.472.
- v) Indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, entre el 7 de enero de 2016 hasta el 25 de febrero de 2016, la suma de \$1.520.000.

DECLARÓ a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE de las condenas impuestas en el numeral precedente a ICOTEC COLOMBIA SAS EN LIQUIDACION POR ADJUDICACIÓN en virtud de la solidaridad del Art. 34 del CST, condenas que ascienden a la suma total de \$5.141.125, de las cuales se DECLARA que ya ha sido paga la suma de \$2.096.755

por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, lo que arroja un saldo pendiente de pagar al demandante, la suma de \$3.044.370.

CONDENÓ a la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO SA, a pagar a la llamante en garantía COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, la suma ya cancelada al aquí demandante señor EDGAR HERNANDO VIDAL MORENO, \$2.095.755 y en consecuencia así mismo deberá parar a la llamante en garantía las sumas que acredite haber pagado de forma adicional por concepto de salarios prestaciones, a excepción de vacaciones que se adeudan al señor demandante.

DECLARÓ NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas por ICOTEC COLOMBIA SA EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, y **PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de pago, propuesta por la demandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, respecto de la suma de \$2.096.755 que ya fue cancelada al demandante y se le **ABSUELVE** del pago de esta suma. En cuanto al llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO SA, se **DECLARA PROBADA** la excepción propuesta denominada IMPOSIBILIDAD DE EFECTUAR LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARTICULAR POR EVENTUAL CONDENA POR CONCEPTO DE VACACIONES, y se **ABSUELVE** de pagar cualquier suma por éste concepto a la llamada en garantía COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP.

COSTAS a cargo de la parte demandante ICOTEC COLOMBIA SA EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN y de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, las cuales deben ser tazadas por secretaría e incluirse por concepto de costas y agencias en derecho, la suma de \$400.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **LIQUIDACION SANCION MORATORIA ART. 65 CST:** Solicita se modifique la forma en que se liquidó la sanción moratoria, toda vez que el Juzgado de instancia liquidó la sanción moratoria hasta el proceso de reorganización de la entidad, desconociendo innumerable jurisprudencia que ha señalado que la liquidación de la sanción moratoria corre hasta la liquidación definitiva de

la entidad demandada, por lo que la moratoria debe correr hasta la suscripción del acta final de liquidación, toda vez que a partir de esa fecha, la entidad deja de existir como persona jurídica, luego de dicha data, pierde toda posibilidad de actuar en el mundo jurídico, y no puede imputársele a la entidad una conducta desprovista de buena fe, por la simple razón que no existe como sujetos de derechos y obligaciones, en otras palabras, indica que, el presupuesto de buena o mala fe, del cual depende de la imposición o no de la sanción moratoria, es inexigible frente a un sujeto de derechos distintos, Sentencia Rad. 74084 del 20 de febrero de 2019.

La parte demandada (ICOTEC COLOMBIA SA EN LIQUIDACION POR ADJUDICACIÓN) presentaron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO:** Señala que tanto el demandante, como la demandada ICOTEC COLOMBIA SA EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, afirmaron bajo la gravedad de juramento que el señor VIDAL MORENO había sido vinculado mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor, y no mediante un contrato de trabajo a término indefinido. Señala que, si bien el contrato no tiene fecha de terminación, si se dio una finalización del contrato ante COLOMBIA TELECOMUNICACIONES e ICOTEC, razón por la cual ICOTEC notificó de manera personal a todos sus trabajadores que se daba por terminado el contrato de obra o labor determinada, y se finalizó dicho contrato, por lo que no es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, sino que la realidad dentro del presente asunto corresponde a un contrato de trabajo de obra o labor.

La parte demandada (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP) presentaron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:** Señala que el contrato que se suscribió entre las partes obedece a un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada con la compañía ICOTEC COLOMBIA SAS, en la que desempeñó diferentes cargos, como el de documentador y posteriormente, el de gestor de datos, frente a lo cual tiene su primer reparo, pues las funciones desempeñadas por el demandante no beneficiaron en ningún

momento a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, pues ésta última es una compañía u operador de telecomunicaciones que se encarga específicamente de la explotación electromagnética, para lo cual se necesita y requiere una serie de autorizaciones y permisos otorgados por el Gobierno Nacional – Ministerio de las Telecomunicaciones, autorizaciones y permisos que nunca fueron entregados a ningún contratista, mucho menos a ICOTEC COLOMBIA SAS, de manera que el demandante desempeñó funciones que tuvieron que ver con el objeto social de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, o que de alguna manera fuera favorecida COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, resaltando que en el interrogatorio de parte, el actor nunca mencionó que desempeñó funciones de técnico, sus funciones básicamente se remitían a estar en las instalaciones de ICOTEC COLOMBIA SAS, y que sus jefes eran de ICOTEC COLOMBIA SAS, que era ante ellos a quien respondía, y que cualquier ejecución de labores era sobre ellos, y es que al subir datos de algunas actividades que sí realizaban en realidad los técnicos también lo hacían para empresas diferentes, pues existían otras compañías con las cuales ICOTEC COLOMBIA SAS tenían técnicos a disposición para que se desempeñaran diferentes contratos comerciales, como HUAWEI, situación que no fue posible aclarar, pues señala que no se permitió las preguntas pertinentes.

Conforme lo anterior, y teniendo en cuenta que las funciones desempeñadas por el demandante no se trataron de actividades técnicas que pudieran tener algún tipo de injerencia respecto del objeto social de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, ni se vio beneficiada de alguna manera, pues fue un cargo netamente administrativo, resulta más que evidente que no debería haber algún tipo de condena a mi representada por ningún tipo de conceptos.

2. **MALA FE DEMANDANTE:** Indica que se deja entre ver la mala fe o temeridad con la que se ha podido entablar la presente demanda, pues desde el mismo escrito de demanda se observa que indica que desempeñó el cargo de técnico, sin embargo no tiene pruebas de que estaba ejerciendo dicho cargo, sino que actuó con mala fe, pues evidentemente no desempeñó en ningún momento del vínculo el cargo de técnico, decidiendo de manera deliberada y de mala fe lo que manifestó la parte demandante, sin prueba alguna de ello.
3. **PAGO ACREENCIAS LABORALES:** Señala que se ordenó el pago de muchas acreencias laborales, que ya fueron canceladas por ICOTEC COLOMBIA SAS, pese a que manifiesto el demandante que no habían sido

canceladas, por lo que no entiende cómo puede dar un valor superior a lo que dijo el demandante en su interrogatorio de parte, pese a que el empleador aportó prueba documental de los valores cancelados al demandante.

En ese sentido, solicita se estudien las pruebas que obran en el expediente, para verificar la mala fe con la que actuó el demandante, quien manifestó una cantidad de información errónea o incorrecta, o que por lo menos, no tiene relación con la verdad, pues en un principio el demandante informa que las cesantías y sus intereses del año 2014 no fueron cancelados, sin embargo, se contradice en un segundo momento al decir que sí le habían sido canceladas.

- 4. VACACIONES:** Solicita se revoque la absolución a SEGUROS DEL ESTADO por concepto de pago de vacaciones, si bien no es una prestación social, si es un descanso remunerado, trayendo a colación el artículo 34 del CST, sobre la cual ordenó la responsabilidad solidaria, debe imputársele el pago a la aseguradora y no a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

La llamada en garantía (SEGUROS DEL ESTADO) presentaron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. AFECTACIÓN DE LA PÓLIZA:** Solicita se revoque la condena impuesta por responsabilidad solidaria, teniendo en cuenta que la póliza respecto de la cual se vincula no existe, por lo que no habría lugar a las afectaciones de las pólizas, recordando que el amparo contratado respecto de salarios y prestaciones, tiene que ver con esa presunta solidaridad y acreencias que, adeude el tomador de la póliza y que afecten, eventualmente, a la aseguradora.

Respecto de la póliza en comentario, indica que, si bien, en sus condiciones particulares se hace una nota aclaratoria respecto de las coberturas de salarios y prestaciones e indemnizaciones, las mismas son indemnizaciones y no sanciones que es a lo que se ha condenado, reiterando que la sanción moratoria no estaría contemplada dentro de los conceptos de indemnizaciones, solo contempla conceptos tales como sanciones.

- 2. VACACIONES:** Indica que, respecto de las vacaciones, como quiera que no son consideradas como una prestación social, deben ser excluidas

igualmente de las pólizas, pues no estaría amparado dentro del contrato de seguros, pues es claro el tema de las prestaciones sociales.

- 3. VALOR ASEGURADO:** Manifiesta que si bien el valor asegurable a los ojos de cualquier es exorbitante, lo cierto es que debe tenerse en cuenta que la póliza ha venido agotándose, poniendo de presente que, eventualmente y para el caso que se presenten recobros correspondientes, puede que la póliza en un momento llegue a agotarse, pues no puede perderse de vista que ésta póliza tiene cobertura a nivel nacional, y ha sido afectada en innumerables procesos por diferentes o diversos valores, por lo cual, en efecto, no presenta certificación de agotamiento de póliza, pero si se pone de presente que ésta es una situación posible y que, eventualmente, se acreditará en el caso en el que así llegue a darse, por lo que solicita se absuelva a la llamada en garantía de las condenas solidarias.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, o un contrato por duración de la obra o labor, como lo pretende el apelante. **2.** Si procede el pago de las acreencias laborales, teniendo en cuenta que la demandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SAS manifiesta ya las acreencias laborales ya fueron canceladas a favor del demandante, conforme la documental obrante en el expediente. **3.** A quien corresponde, si hay lugar a ello, al pago de las vacaciones, al no ser considerada como una prestación social. **4.** Si se configura la temeridad por parte del demandante. **5.** Responsabilidad solidaria. **6.** Sanción moratoria; y **7.** Hasta que valor procede afectar la póliza de Seguros del Estado.

NATURALEZA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Declaró el Juzgado de instancia la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, con vigencia desde el 6 de marzo de 2014 al 7 de enero de 2016, desempeñando el cargo de Gestor de datos en el área de datos telefónicas, devengando un último salario de \$950.000.

Mereció reparo la anterior decisión al apoderado de la demandada ICOTEC COLOMBIA SAS, en atención a que el mismo demandante, así como la demandada afirmaron bajo la gravedad de juramento que el señor VIDAL MORENO se había vinculado mediante un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, y no mediante un contrato de trabajo a término indefinido, como lo señaló el Juzgado de primer grado. Afirma que si bien en el contrato de obra no se relaciona una fecha de terminación, si se dio una finalización del contrato ante COLOMBIA TELECOMUNICACIONES e ICOTEC, y es por ello que ICOTEC notificó de manera personal a todos sus trabajadores que se daba por terminado el contrato de obra o labor, por lo que no es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, sino que la realidad dentro del presente asunto corresponde a un contrato de trabajo de obra o labor.

Así las cosas, a folios 477 a 479 reposa copia del contrato de trabajo de duración determinada por la obra o la naturaleza de la labor contratada con el personal ordinario, suscrito el 6 de marzo de 2014, en el que no se especifica de manera detalla la labor u obra a la cual está contratado el demandante, sino que por el contrario, se indica el cargo a desempeñar de manera genérica "documentador", sin que se especifique en ninguna de las cláusulas de dicho documento cual es la obra o labor en la cual va a desarrollar esas labores de "documentador".

Lo mismo ocurre con el otro sí suscrito el 1 de noviembre de 2014, entre el demandante e ICOTEC COLOMBIA SAS, visible a folios 483 a 484 del plenario, en el que tampoco se logra establecer la labor o duración de la obra en la que va a desarrollar las funciones de "gestor de documentos" el demandante, tan solo se detalla el cambio de área, al área de telefónica, haciendo un cambio en el salario percibido por el actor a la suma de \$950.000.

Por otro lado, al revisar las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, si bien se explican y relacionadas las determinadas en el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en ningún momento se relaciona la terminación de la obra en la que

eventualmente iría a desarrollar las funciones el demandante, es más, ni siquiera se determina cual es la obra en la que va a desempeñar las funciones el demandante, a efectos de considerar que el supuesto contrato de obra o labor estaba sujeta a la vigencia del contrato que suscribió ICOTEC COLOMBIA SAS con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, de manera que terminado este último, por su liquidación unilateral, era razonable asumir que la referida obra o labor había culminado y se justificaba, por esa misma vía, la expiración del contrato de trabajo.

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia **SL4086 de 2020**, en la que nuestro máximo órgano de cierre adocrinó que la duración de los contratos de obra o labor está sometida a la ejecución de un determinado resultado, pero sus límites se circunscriben, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas precisas, con el fin de que se perpetúe en el tiempo y no ostente el de un contrato de trabajo de carácter indefinido.

Ahora, si bien el demandante en su escrito inicial solicita se declare la existencia de un contrato por duración de la obra o labor, lo cierto es que de conformidad con las pruebas obrantes dentro del plenario si bien no cabe duda de la existencia de la vinculación laboral entre el señor EDGAR HERNANDO VIDAL MORENO e ICOTEC COLOMBIA SAS y la vigencia del mismo, lo cierto es que, respecto de la naturaleza del vínculo laboral, conforme se dijo anteriormente, se observa que no obedeció a la realidad respecto del documento suscrito, pues si bien la demandada ICOTEC COLOMBIA SAS aceptó tal hecho en la contestación de la demanda, lo cierto es que, los documentos allegados denominados "contrato de trabajo de duración determinada por la obra o la naturaleza de la labor contratada con el personal ordinario" y "otro sí", no trae consigo los requisitos para la existencia de un contrato por duración de la obra o labor contratada, sin dejar de lado que de vieja data, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocrinado que si el contrato corresponde a uno de duración de la obra o labor, tal situación debe estar consagrado por el acuerdo de voluntades que exista, y por el contrario, a falta de estipulación, se debe entender, para todos los efectos legales que, el vínculo laboral fue celebrado a tiempo indefinido, pues el mismo no lo condiciona ninguna situación en particular.

En ese orden de ideas, al no poderse establecer cuál era la obra, ni la duración de la misma, no puede pretenderse que se le la connotación a la relación laboral de un contrato por duración de la obra o labor, sino que, por el contrario, deberá entenderse para todos los efectos legales, que el vínculo celebrado entre el señor EDGAR HERNANDO VIDAL MORENO e ICOTEC COLOMBIA SAS se hizo mediante un

contrato a término indefinido.

Bastan las anteriores consideraciones para confirmar la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 6 de marzo de 2014 al 7 de enero de 2016, para desempeñar el cargo de gestor de datos en el área de datos telefónicos.

CARGO DESEMPEÑADO POR EL ACTOR – MALA FE:

Por otro lado, manifiesta el apoderado de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES que el demandante actuó de mala fe al indicar que desempeñaba el cargo de técnico, sin embargo, no tiene pruebas que acrediten que ejercía dicho cargo, sino que actuó con mala fe al manifestar que no desempeñó en ningún momento de la vigencia del vínculo el cargo de técnico.

Así las cosas, debe precisarse que el cargo declarado fue el de gestor de datos en el área de datos telefónicos, lo anterior conforme el contrato de trabajo allegado y el otro sí al mismo, por lo que se despachará desfavorablemente la súplica incoada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, como quiera que el demandante no actuó de mala fe al petitionar que se declare que desempeñaba dichas funciones, sino que de conformidad con el material probatorio que reposa en el expediente, se logra acreditar que efectivamente a partir del 1 de noviembre de 2014, desempeñó el cargo de gestor de datos en el área de datos telefónica.

PAGO DE ACREENCIAS LABORALES A FAVOR DEL ACTOR:

Condenó el Juzgado de primera instancia a la demandada ICOTEC COLOMBIA SAS EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN al pago de las siguientes acreencias laborales:

- i) Cesantías, la suma de \$968.472.
- ii) Intereses a las cesantías, la suma de \$114.043.
- iii) Prima de servicios, la suma de \$493.472.
- iv) Vacaciones, la suma de \$873.472.
- v) Indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, entre el 7 de enero de 2016 hasta el 25 de febrero de 2016, la suma de \$1.520.000.

Respecto de lo anterior, el apoderado de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SAS

interpuso recurso de apelación, señalando que las acreencias laborales ya fueron canceladas previamente por la accionada ICOTEC COLOMBIA SA, aunado al hecho que no entiende cómo puede condenarse un valor superior al indicado por el mismo demandante en su interrogatorio de parte, destacando que el empleador aportó prueba documental de los valores cancelados al demandante. En ese sentido, solicita se estudien las pruebas que obran en el expediente, para verificar la mala fe con la que actuó el demandante, quien manifestó una cantidad de información errónea e incorrecta, o que por lo menos, no tiene relación con la verdad, pues en un principio el demandante informa que las cesantías y sus intereses del año 2014 no fueron cancelados, sin embargo, se contradice en un segundo momento al decir que sí le habían sido canceladas.

En el evento en que se confirme la decisión, manifiesta que en lo que tiene que ver con el pago de las vacaciones, solicita se revoque la absolución a SEGUROS DEL ESTADO, en tanto que, si bien no es una prestación social, si es un descanso remunerado, trayendo a colación el artículo 34 del CST, respecto del cual, debe imputársele el pago a la aseguradora y no a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

Por su parte, SEGUROS DEL ESTADO presentó recurso de apelación respecto indicando que en el evento en que se confirme la condena, las vacaciones no pueden ser objeto de afectación a la póliza suscrita entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y SEGUROS DEL ESTADO, como quiera que en la misma se indicó taxativamente que, cubriría conceptos tales como, prestaciones sociales, excluyendo de esa manera las vacaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procede a verificar, conforme la prueba documental obrante dentro del plenario si efectivamente las acreencias condenas por el Juzgador de primera instancia ya fueron o no canceladas por parte de ICOTEC COLOMBIA SA.

Así pues, quedo claro que el señor EDGAR HERNANDO VIDAL MORENO aceptó en su interrogatorio de parte que le habían consignado las cesantías correspondientes a las del año 2014 en un fondo de cesantías, por lo que la Sala se releva de la condena impuesta por concepto cesantías e intereses a las cesantías del año 2014.

Ahora bien, a folio 212 reposa medio magnético del proceso de reorganización, en el que se relacionan varios archivos, uno de ellos, denominado "crédito primera clase", en el que se detalla las liquidaciones laborales de los trabajadores ICOTEC

COLOMBIA SA, en el que efectivamente se observa en el numero 410 el nombre del aquí demandante, relacionando unos valores por conceptos de "cesantías año anterior" la suma de \$924.000, "intereses cesantías año anterior" la suma de \$20.850, "Vacaciones en Lis de C" por la suma de \$781.433, "cesantías 2016" la suma de \$42, "prima de servicios" la suma de \$18.039, "nómina DIC-15" la suma de \$198.333, "nomina ENERO 2016" la suma de \$298.333, "Seguridad Social" la suma de \$15.867, "Auxilio de Transporte" la suma de \$18.230 y un concepto de "DESCUENTO AUTORIZADO" por la suma de \$140.112, documental que igualmente reposa a folio 188 del paginario.

Se infiere que conforme dicha documental, la demandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES pretende que se declare que los valores por concepto de acreencias laborales fueron previamente cancelados por ICOTEC COLOMBIA SAS, no obstante para la Sala no se acredita de manera fehaciente que efectivamente el demandante haya recibido dichas sumas de dinero, máxime si se tiene en cuenta que en dicho reporte no se especifica porque periodos se liquidan las acreencias laborales, razón por la cual no puede entenderse que efectivamente hubo un pago al demandante, en tanto que no reposa prueba alguna con constancia de recibido por parte del actor, razón por la cual no se podrá tener como pago las sumas enunciadas en la documental denominada liquidaciones laborales "créditos primera clase".

Así las cosas, como quiera que no fue objeto de inconformidad los valores condenados por cada uno de los conceptos condenados, la Sala se releva de su estudio y re-liquidación.

SANCIÓN MORATORIA ART. 65 CST:

Solicita el apoderado de la parte demandante se modifique la condena por concepto de sanción moratoria de que trata el Art. 65 del CST, en tanto que la misma debe ser liquidada hasta la liquidación definitiva de la entidad demandada, por lo que la moratoria debe correr hasta la suscripción del acta final de liquidación, toda vez que a partir de esa fecha, la entidad deja de existir como persona jurídica, luego de dicha data, pierde toda posibilidad de actuar en el mundo jurídico, y no puede imputársele a la entidad una conducta desprovista de buena fe, por la simple razón que no existe como sujetos de derechos y obligaciones, en otras palabras, indica que, el presupuesto de buena o mala fe, del cual depende de la imposición o no de la sanción moratoria, es inexigible frente a un sujeto de derechos distintos, Sentencia Rad. 74084 del 20 de febrero de 2019.

En punto a la indemnización moratoria reclamada por el demandante, cabe señalar que con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que, si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida 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.

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012)

Así las cosas, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conlleva ciertamente una presunción de mala fe en contra del empleador, por lo que este debe acreditar que la falta de pago de esas acreencias estuvo enmarcada en circunstancias y hechos indicativos de buena fe, de lo contrario deberá acarrear con el pago de esa sanción.

En ese sentido, debe indicarse que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en sentencia de Radicación **SL – 1595 de 2020**, en la que indicó:

“De acuerdo con lo dicho, el trámite de reestructuración económica no constituye una premisa definitiva, que excluya automáticamente la imposición de la indemnización moratoria. En ese sentido, si se prescinde de manera mecánica de la sanción, sin evaluar las condiciones particulares de cada caso, se propicia una interpretación errónea de la norma, que, como ya se analizó, no admite reglas absolutas ni esquemas preestablecidos. Adicionalmente, entre otras cosas, el juez está obligado a analizar si la reestructuración se dio en el mismo periodo en el que se debieron cancelar las acreencias laborales respectivas y, en todo caso, si el empleador cumplió y honró de buena fe los compromisos adquiridos en el referido trámite.”

Más adelante afirmó:

“Así cosas, de los precitados documentales allegadas por la demandada, la Sala no encuentra buena fe que justifique el incumplimiento en el pago de las deudas

laborales del demandante exigibles a la terminación del contrato. No se debe perder de vista que el examen de la buena fe del empleador de cara al incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones que pueden dar lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ha de hacerse atendiendo a las circunstancias presentadas al momento de la terminación del contrato de trabajo, pues, según esta preceptiva, es el incumplimiento en dicho momento, el que da lugar a la mencionada condena.

De lo expuesto en precedencia, la demandada no demostró la existencia de razones serias y atendibles que justificaran el incumplimiento de sus obligaciones patronales, pues aun con dificultades económicas contaba con ingresos suficientes para el pago de las mismas a la fecha de terminación del contrato de trabajo, sin que tuviera que esperarse que con posterioridad se sometiera al proceso de reorganización, de manera que su conducta no puede ser ubicada en el campo de la buena fe, con el ánimo de exonerarla del pago de la indemnización moratoria.

En este punto debe recordarse que la jurisprudencia de la Sala ha sido clara en sostener que el mencionado proceso de reactivación económica no legitima al empleador para omitir el pago de las acreencias laborales (CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012).

Pese a lo anterior, se limitará el reconocimiento de la indemnización sólo **hasta el 17 de octubre de 2012, fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor**, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014)."

Lo anterior, reiterada en la sentencia SL1782-2020, en la que se memoró la jurisprudencia de antaño de la H. Corte Suprema de Justicia así:

"Al respecto, sabido es que la indemnización moratoria surge con el incumplimiento del empleador de algunas obligaciones frente al trabajador –salarios y prestaciones sociales-, por lo que goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del mismo.

Significa lo anterior que, para la aplicación de esta sanción, el sentenciador debe analizar en cada caso si la conducta del empleador estuvo justificada con argumentos que, pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida en que, razonablemente, lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, lo cual, de acreditarse, conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe"

Teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, se despacha desfavorablemente las súplicas de la parte demandante incoado en su recurso de apelación, como quiera que en el evento en que una empresa entre en proceso de reorganización, si bien no es una causal de eximente de buena fe, lo cierto es que si limita a la liquidación de la sanción moratoria hasta la fecha de apertura del proceso de reorganización, y

no hasta la suscripción del acta final de liquidación de la sociedad demandadas ICOTEC COLOMBIA SAS, como lo pretende la parte actora.

Sobre el particular, de la documental allegada al plenario se tiene el Certificado de Existencia y Representación de la sociedad ICOTEC COLOMBIA SAS expedida el 9 de octubre de 2017, se inscribió que mediante auto No. 400-003193 del **26 de febrero de 2016** se decretó la apertura del proceso de reorganización de la referida sociedad, y se nombró promotor dentro del proceso de reorganización (fls. 2 vuelto), en consecuencia, la sanción moratoria procederá a partir del 7 de enero de 2016, fecha de terminación de la relación laboral y hasta el 25 de febrero de 2016, como quiera que a partir del 26 de febrero de 2016 se procedió a dar apertura del proceso de reorganización por la Superintendencia de Sociedades. Se **CONFIRMA**.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:

Ahora bien, solicita el apoderado de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SAS, se revoque la decisión de primera instancia en lo relacionado con la responsabilidad solidaria condenada en su contra, teniendo en cuenta en primer lugar los permisos otorgados por el Ministerio de las Tecnologías solo eran otorgadas a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SAS y ésta nunca las otorgó a sus contratistas. Por otro lado, señala que las funciones desarrolladas por el demandante no eran de "Técnico" en sus instalaciones, sino que, por el contrario, eran desarrolladas en su totalidad en las instalaciones de ICOTEC COLOMBIA. Finalmente, no se observa que la demandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES se hubiese visto beneficiada al respecto.

Conforme lo anterior, solicita se valore la totalidad de la prueba, la cual demuestra que el verdadero, único y real empleador era ICOTEC COLOMBIA, sin que se haya demostrada una intermediación laboral.

Así pues, el artículo 34 del CST, señala:

"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta

para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas."

Así pues, reposa a folios 143 a 169 contrato para el mantenimiento integral de planta eterna y bucle de cliente suscrito entre ICOTEC COLOMBIA SAS y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP el 20 de septiembre de 2013, donde establece como objeto:

"El objeto de este contrato es la realización continuada por parte de la EMPRESA CONTRATISTA y a favor de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP del servicio denominado 'Bucle de cliente' consistente en (i) la instalación y mantenimiento, infraestructura y redes de equipos, infraestructura y redes de telecomunicaciones en las instalaciones de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP o del cliente COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, (ii) las actividades necesarias para la operación y gestión de la planta externa para los diferentes tipos de redes, construidas con cable multiplexado de cobre, fibra óptica o coaxial, microondas y satelital, y (iii) demás actividades descritas en el presente contrato, (en adelante los 'servicios'), en los términos y condiciones establecidos en este contrato."

Así mismo, el numeral 5,3 de la cláusula 5a establece ORDEN DE TRABAJO, ORDEN DE SERVICIO U ORDEN:

"5.3 A partir de la fecha de inicio del plazo de ejecución del contrato la EMPRESA CONTRATISTA deberá ejecutar los servicios por demanda, es decir, en la medida en que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP lo requiera a través de las órdenes de trabajo u orden de servicio. Para tal efecto, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP expedirá a la EMPRESA CONTRATISTA las órdenes en cualquier momento durante la ejecución del contrato."

Por otro lado, conforme se observa de la cláusula 7a del contrato mencionado, se establece en el numeral 7.2.1 el pago por actividad ejecutada, en donde se observa la clase de mano de obra y se establece en el numeral séptimo "Clase de trabajo D (Técnico de Datos)", frente a lo cual tiene directa relación con las funciones desempeñadas por el aquí demandante, el cual quedó probado, que consiste en "gestor de datos" en el área de telefonía, de conformidad con el otro sí suscrito entre el demandante e ICOTEC COLOMBIA el 1 de noviembre de 2014.

Así las cosas, se tiene que el demandante fue asignado a una labor que tenía que ver con el objeto social de la demandada COLOMBIA DE

TELECOMUNICACIONES, y pese a que ésta indica que en dicha empresa no se hace mantenimientos, sino que se realiza otra clase de labores, tal como la explotación del espacio electromagnético, lo cierto es que tal labor no tendría nada que ver con el objeto social de ICOTEC COLOMBIA, y menos aún, para lo que fue contratada ésta última empresa.

Frente al tema, vale la pena recordar que para que sea procedente declarar la existencia de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 34 del CST, se requiere que las actividades desempeñadas sean relacionadas o conexas con el objeto social de la empresa contratante, para que sea responsable solidariamente de las obligaciones del contratista;

Así las cosas, el objeto social de ICOTEC COLOMBIA, entre otras cosas, se basa en la ejecución de obras de ingeniería eléctrica o electrónica en el área de telecomunicaciones (fls. 2 a 4), en tanto que el objeto social de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES se basa principalmente en la organización, operación, prestación, provisión, explotación de las actividades, redes y los servicios de telecomunicaciones, tales como telefonía pública básica conmutada local, local extendida y de larga distancia nacional e internacional, servicios móviles, servicios de telefonía móvil celular en cualquier orden territorial, nacional o internacional, portadores, teleservicios, telemáticos, de valor agregado, etc. (fls. 5 a 20).

Lo anterior se colige con lo manifestado por la representante legal de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en su interrogatorio de parte, quien indicó que, las actividades de prestación de servicios que ejercía COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a sus clientes se basaba en temas de telefonía celular, servicios de telefonía fija, servicio de internet, y que las redes externas se requieren para explotar el espectro electromagnético y de ésta manera desarrollar su objeto social.

Teniendo en cuenta lo anterior, y conforme lo manifestado por el demandante en su interrogatorio de parte que realizaba labores de gestión de datos, aglomeraba la información remitida por los técnicos de ICOTEC que también prestaba el servicios para COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, por ejemplo cableado, instalaban antenas, routers, mantenimiento de las redes, respecto de esa información remitida debían hacer un informe del servicio prestado, o por ejemplo subir las fotos a la plataforma de los servicios prestados, que no realizaba las funciones de técnico, eran los técnicos quien le remitían la información para que fuera subida a la

plataforma de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, ellos le proporcionaban los usuarios y contraseñas para poder usar la plataforma, de lo cual se puede establecer que indudablemente hay conexión directa entre el objeto social de ICOTEC COLOMBIA SAS y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, en tanto que el contrato para el mantenimiento integral de planta externa y bucle de cliente celebrado entre éstas dos demandadas, se basaba en el mantenimiento de la red externa y el servicio de bucle, razón por la cual, de conformidad con el contrato celebrado entre ICOTEC COLOMBIA SAS y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, se especifica que se desarrollaría el trabajo "D" denominado "Técnico de datos", con lo que se concluye que las labores realizadas por el demandante eran actividades directamente con el objeto social de COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES SA ESP, por lo que se logra determinar que ésta última se veía beneficiada con la labor desarrollada por el aquí demandante.

Por otro lado, debe resaltarse que, conforme la cláusula 5a del contrato para el mantenimiento integral de planta externa y bucle de cliente, se tiene que el demandante estaba sujeto a las órdenes impartidas por orden de servicio u orden de trabajo que impartía COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, quien ejercía subordinación y se encontraba encargada de dirigir o supervisar las labores desempeñadas por los "contratistas".

Al punto, se aclara que no existe ninguna prueba documental con la que se pueda derruir que la prestación del servicio desplegado por el demandante no hubiese sido a favor de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, sino todo lo contrario, con el desempeño de sus funciones se encontraba totalmente beneficiada ésta última.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la declaratoria de la responsabilidad solidaria en virtud del artículo 34 del código sustantivo del trabajo y la Seguridad Social, en cabeza de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP frente las condenas impuestas a ICOTEC COLOMBIA SAS en liquidación por adjudicación.

Ahora, en lo que respecta hasta donde va esa responsabilidad solidaria, de conformidad con el artículo 34 del CST, dispone que la responsabilidad solidaria se limita a responder solidariamente por los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones,

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El Juzgado de primera instancia CONDENÓ a la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO SA, a pagar a la llamante en garantía COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, la suma ya cancelada al aquí demandante señor EDGAR HERNANDO VIDAL MORENO \$2.095.755, y en consecuencia así mismo deberá parar a la llamante en garantía las sumas que acredite haber pagado de forma adicional por concepto de salarios prestaciones, a excepción de vacaciones que se adeudan al señor demandante.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES solicita se revoque la absolución a SEGUROS DEL ESTADO por concepto de pago de vacaciones, si bien no es una prestación social, si es un descanso remunerado, trayendo a colación el artículo 34 del CST, sobre la cual ordenó la responsabilidad solidaria, debe imputársele el pago a la aseguradora y no a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

Por su parte, la apoderada la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO presentó recurso de apelación, indicando en primer lugar que las vacaciones deben ser excluidas, al no sr una prestación social, por otro lado, señala la improcedencia de la afectación de la póliza que se pretende hacer efectiva, como quiera que no existe, en tanto que ha venido siendo afectada a nivel nacional y no existen recursos para hacerse efectiva. Adicionalmente, señala que la póliza no puede ser afectada respecto de indemnizaciones, tal es el caso de la indemnización moratoria de que tarta el Art. 65 del CST, como quiera que la misma no la contempla.

Así las cosas, obra a folio 227 Póliza No. 21-45-101117346, con vigencia del 1º de octubre de 2013 al 31 de diciembre de 2021 con el objetivo:

“Garantizar la ejecución del contrato No. 71.1.1127.2013, cuyo objeto es la realización continuada del servicio denominado bucle de cliente, consistente en (i) la instalación y mantenimiento, de forma integrada de equipos, infraestructura y redes de telecomunicaciones de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP o del cliente de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP; (ii) Las actividades necesarias para la operación y gestión de la planta externa para los diferentes tipos de redes, construidas con cable multipar de cobre, fibra óptica o coaxial, microondas y satelital y; (iii) demás actividades descritas en el contrato (servicios), en los términos y condiciones establecidos en dicho contrato.”

No obstante lo anterior se hace la siguiente anotación:

“Nota: Se aclara que el amparo de salarios y prestaciones sociales corresponde al de

pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales."

Por otro lado, se indica que el tomado de la póliza es ICOTEC COLOMBIA SAS y como beneficiario de dicha póliza corresponde a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP.

Conforme lo anterior, no cabe duda que la póliza se tomó con el fin de pagar las sumas que correspondan por salarios y prestaciones sociales, conforme lo dispone el amparo No. 1.1.5 (fl. 228 vuelto) de las condiciones generales de la póliza que establece:

*"1.1.5. AMPARO PARA EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES
Por este amparo, el asegurado se **precave contra el riesgo de incumplimiento en el pago de obligaciones de carácter laboral a cargo del contratista, de aquellos trabajadores utilizados en forma directa y exclusiva para la ejecución del contrato, que pueda llegar a ser exigible al asegurado en virtud de la solidaridad patronal prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.**"*

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace relación expresa a que la póliza en comento cubre la responsabilidad solidaria que haya sido declarada en cabeza de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP, por aquellas obligaciones o condenas impuestas a la demandada ICOTEC COLOMBIA SAS.

Ahora, respecto de que las vacaciones condenadas por el Juzgador de primera instancias y que las mismas sean incluidas en ésta póliza, como lo pretende la demandada COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, tal situación no es procedente, como quiera que la misma póliza trae consigo una nota aclaratoria que tan solo cubre salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, quedando excluidas las vacaciones, al no estar consagrada como una prestación social, conforme lo dispone el Art. 186 del CST, en términos de la H. Corte Suprema de Justicia, las vacaciones se consideran un descanso remunerado, mas no como una prestación social, por lo que no puede ser incluida en la afectación de la póliza en comento.

Ahora, en lo que tiene que ver con las sanciones, que a consideraciones de SEGUROS DEL ESTADO no pueden ser incluidas en la afectación de la póliza, debe precisarse que, no es de recibo dicho argumento, como quiera que, la póliza es clara en establecer que cubre salarios, prestaciones sociales, como indemnizaciones laborales, por supuesto incluye la sanción moratoria de que trata el Art. 65 del CST condenada en éste asunto, pues por indemnizaciones laborales

deberá entenderse a modo de ejemplo la indemnización moratoria, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, entre otra.

Así mismo, debe señalarse en todo caso que la relación laboral feneció para el señor EDGAR HERNANDO VIDAL el 7 de enero de 2016, y la cobertura de la póliza tiene como vigencia del 1º de octubre de 2013 al 31 de diciembre de 2021, esto es, que tiene total cobertura para el caso bajo estudio.

Por otro lado, señala SEGUROS DEL ESTADO que el valor de la póliza ha venido siendo afectada por otras reclamaciones a nivel nacional, sin que haya acreditado como ha venido siendo afectada y que valores se han pagado y cuanto queda de dicha póliza, máxime si se tiene en cuenta que la suma asegurada es por valor hasta de \$8.860.000.000, empero las condenas impuestas en el presente asunto ascienden a la suma aproximada de \$6.000.000, por lo que tampoco son de recibo los argumentos expuestos por SEGUROS DEL ESTADO, no quedando otro camino que CONFIRMAR éste punto de decisión de primera instancia.

No existiendo otro motivo de inconformidad presentado, se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501020170072001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501020170072001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501020170072001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 010-2018-00348-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO CONTRERAS BOHORQUEZ
DEMANDADO: INDUSTRIA BISONTE S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ALBERTO CONTRERAS BOHORQUEZ, instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad INDUSTRIA BISONTE S.A., debidamente sustentada como aparece de folio 42 a 48 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la compañía demandada, vigente desde el 16 de julio de 2010 hasta el 30 de junio de 2012.
2. **DECLARAR** que, el último salario devengado fue de \$6.000.000.
3. **DECLARAR** que la entidad convocada a juicio dio por terminado el vínculo laboral de manera unilateral y sin justa causa.

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **CONDENAR** a la sociedad **INDUSTRIAS BISONTE S.A.** a pagar las horas extras adeudadas.
2. **CONDENAR** a la pasiva al pago de la reliquidación de prestaciones sociales e indemnización por despido injusto, teniendo en cuenta el salario realmente devengado.
3. **CONDENAR** al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T.
4. Indexación de las sumas adeudadas.
5. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **INDUSTRIA BISONTE S.A.**, contestó la demanda, tal como se advierte del escrito que obra de folio 57 a 66 del expediente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito y se evidencia del auto dictado el 10 de diciembre de 2018, por el juzgado de origen.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 10° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la existencia de un contrato laboral a término indefinido entre el señor **CARLOS ALBERTO CONTRERAS** y la empresa **INDUSTRIAS BISONTE S.A.**, entre el 16 de julio de 2010 al 30 de junio de 2012, contrato que terminó por despido sin justa causa, siendo como último salario mensual la suma de \$6.000.000. **DECLARÓ** probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la **INDUSTRIA BISONTE S.A.**, en consecuencia **ABSOLVIÓ** a la demandada **INDUSTRIA BISONTE S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante y **CONDENÓ** en costas al accionante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si el demandante ostentó la condición de trabajador de dirección, confianza y manejo, y por ende estaba excluido de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante CARLOS ALBERTO CONTRERAS BOHORQUEZ suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad INDUSTRIA BISONTE S.A., vigente desde 16 de julio de 2010 al 30 de junio de 2012, fecha esta última en que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por el empleador, pues así quedó definido en la sentencia de primera instancia, sin que haya reparo alguno frente a este tema y se corrobora de la certificación que obra a folio 93 del expediente.

HORAS EXTRAS:

Frente al tema, es preciso recordar que el artículo 162 del C.S.T. indica que los trabajadores que desempeñan cargos de dirección, confianza o manejo están excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo, sin que el mencionado precepto jurídico defina estos conceptos, sin embargo, ha sido labor de la doctrina y jurisprudencia determinar el alcance los mismos.

Luego, se tiene que el trabajador de dirección, confianza y manejo se distingue porque ocupa una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando, por ende no están en función simplemente ejecutiva, sino orgánica y coordinativa, con miras al desarrollo y buen éxito de la sociedad o compañía; además están dotados de determinado poder discrecional de

autodeterminación y ejercen funciones de enlace entre las secciones que dirigen y la organización central.

Frente al tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No. 24428 expresó:

“las características que identifican a los cargos de dirección, confianza y manejo que exigen, honradez, rectitud y lealtad especiales, lo que indica que el empleador deposita en el trabajador un grado especial de confianza, distinto al exigido a cualquier otro trabajador, en tanto aquellas labores comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa”

En el caso de la referencia, se tiene que mientras que el demandante alega que laboró 613.5 horas extras, la entidad convocada a juicio señala que el trabajador no estuvo sujeto a la jornada máxima legal de trabajo, por cuanto desempeñaba un cargo de dirección, confianza y manejo.

Así las cosas, revisado el contrato de trabajo que obra a folio 76 del plenario, el cual fue firmado por el demandante, se corrobora que fue contratado para desempeñar el cargo de “Director De Sistemas”, enunciándose en el acápite de cláusulas y otros si adicionales, lo siguiente: *“Por razón de las funciones que desempeña dentro de INDUSTRIAS BISONTE S.A., se encuentra ubicado en un nivel especial de responsabilidad y/o mando, que por su jerarquía, desempeña un cargo que, en el marco de las relaciones empresa-trabajador, se encuentra directamente encaminado al cumplimiento de funciones orientadas a representar a INDUSTRIAS BISONTE S.A. o a dar termino de unas tareas muy específicas; se establece mediante la firma del presente otrosí que el cargo desempeñado, es de carácter de dirección, confianza y/o manejo, por lo tanto la norma laboral establece en el artículo 162 “que los empleados de Dirección, Confianza y Manejo, están excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal y se deberá trabajar el número de horas necesarias para el cabal desempeño de sus funciones”, por lo cual no habrá lugar al reconocimiento de horas extras cuando sobrepasen el límite legal. Ellos sin perjuicio de cumplir los horarios mínimos señalados por INDUSTRIAS BISONTE S.A.”*

Adicionalmente, la compañía accionada expidió en el mes de febrero de 2012, un certificado en el que indicaba que CARLOS A. CONTRERAS *“adelanto una labor*

de reestructuración del departamento de sistemas de la compañía, como director de dicha área. Como labor principal aparte de su valiosa consultoría estuvo la brindar Saneamiento-Soporte-Mantenimiento y Detección de fallas del sistema ERP OpenBravo (Oracle-Java). Su labor como Ingeniero de Sistemas consistió además en la administración de la Base de Datos Oracle 10g y del Sistema ERP OpenBravo junto con su mantenimiento y sincronización con Oracle BI. Adicionalmente se encargó de todo lo relacionado con la infraestructura informativa de la compañía; cliente interno (usuarios), cliente externo, proveedores, cotizaciones, evaluación tecnológica y las relacionadas con la infraestructura informática de la compañía." (Folio 13), documento este que además de haber sido incorporado por el mismo demandante, no fue tachado de falso.

A lo que se agrega que el demandante al absolver el interrogatorio de parte, manifestó frente a las funciones desempeñadas: "las funciones, funciones estar encargado del sistema que ellos compraron, que fue un dolor de cabeza, solucionándoles de todo tipo de la red (...) como director de sistema, encargado del sistema que compraron, del openbravo, encargado de estar enfrentado los problemas que presentaba tanto la fábrica, como la administración, como la gerencia, resolviéndole los problemas, hablando con los consultores, hablando con los que les vendieron el producto, estando pendiente de la red, estando pendiente de toda la infraestructura informática, asesorándolos en varios aspectos para mejorar la infraestructura informática, o sea como encargado de sistema era una sola persona encargada de sistema, me tocaba encargarme de todo absolutamente todo"

Así mismo, el actor adujo en la mentada diligencia, que tenía personal a cargo: "generalmente había un chico, que es el chico que hace el mantenimiento de los computadores, que hace limpieza y las cosas muy básicas de los computadores que hay en la empresa, generalmente es un técnico del SENA", y frente al horario o jornada laboral, expresó: "Inicialmente en los primeros meses, que llegamos con un arreglo allá yo trabajaba medio tiempo, fue el arreglo, fue el contrato con el que llegamos ellos, fue de medio tiempo, no recuerdo la asignación tres millones y pico, pero después por la misma magnitud de trabajo, ello se amplió a seis horas 3/4, con una asignación de \$6.000.000."

Finalmente, el demandante expresó en su interrogatorio: "Simple porque salía del trabajo a la madrugada o a la siete u ocho de mañana, entonces lo que hacía era

irme a la casa, dormir, tan pronto dormía mis cinco, siete horas, me levantaba y me iba directo para la compañía de nuevo, me la pasaba allá."

Mientras que al escuchar el testimonio rendido por el señor Juan Camilo Rodríguez, en su calidad de subgerente de industria Bisonte, aseguró que el demandante suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, y que dadas las funciones encomendadas su cargo era de dirección, confianza y manejo, que tenía personal a cargo, como era un asistente en sistema; adicionalmente manifestó que el actor tenía flexibilidad en el horario y en cuanto a las actividades desarrolladas por el accionante, expresó: *"Su cargo era director de sistemas, y su objetivo principal era estabilizar el sistema porque hacía poco habíamos hecho un cambio de erp, así que estaba muy inestable, y había que pues ponerlo a funcionar de una formas optima, y Carlos pues nos ayudó en ese sentido."*

Igualmente la testigo Sandra Paola Beltrán Fonseca, quien labora para la compañía desde el 13 de enero de 2009 y en la actualidad desempeña el cargo de Jefe de Capacitación, enunció en su declaración que el actor tenía bajo su mando a un auxiliar de sistema, y estuvo encargado de la seguridad informativa de la empresa y fue el líder del área en sistemas, señalando que el actor ejecutaba las siguientes funciones: *"Era director del área de sistema, como tal tenía que darle soporte a todas las inquietudes y solicitudes que realizaban los usuarios respecto del sistema operativo de la empresa, quiere decir, que tanto cartera, contabilidad, producción, todas las áreas remitían a él las solicitudes cuando el sistema no les funcionaba, no les permitía registrar su trabajo en el sistema, él debía recibir esas solicitudes y gestionarla."*

De las pruebas reseñadas concluye esta Sala de Decisión que, en efecto, tal como lo concluyó el juez de primera instancia, el demandante ejecutó funciones y tenía a su cargo responsabilidades que permiten concluir que desempeñaba un cargo de confianza y manejo, en la medida que manejaba la seguridad informativa de la empresa, máxime cuando el mismo demandante en su interrogatorio expresó que era la única persona encargada de esa función: *"como encargado de sistema era una sola persona encargada de sistema, me tocaba encargarme de todo absolutamente todo"*

Adicionalmente el demandante sí contaba con una especial capacidad de mando y dirección, la que ejercía respecto de su equipo de trabajo -auxiliar de sistema-, sumado a que desde la suscripción del contrato de trabajo le indicaron que en

atención a las tareas encomendadas su cargo era de dirección, confianza y manejo; a lo que se agrega que tenía flexibilidad en el horario dada la especial actividad desarrollada, como quiera que el mismo actor indicó en su interrogatorio, que cuando trabajaba en la noche, en las mañanas se dirigía a su casa y una vez descansaba las cinco o siete horas, regresaba a sus labores.

Así mismo, del correo electrónico que obra a folio 9 del expediente, el que fue allegado por el actor y no fue desconocido por la pasiva, se denota que muchas actividades dentro de la empresa dependían de la gestión o manejo realizado por el actor: *"Le solicitó agilizar de inmediato esa solicitud y tenerle a ella una propuesta lo mas antes posible. Muchas actividades de esa area es estan (sic) demorando por no tener Ricardo y Cristian ese programa."*

En consecuencia, al resultar acreditado que el demandante, como Director de Sistema, ostentaba la condición de trabajador de dirección, confianza y manejo respecto de la demandada, no operaba respecto del actor jornada máxima legal de trabajo y, de esta forma, no había lugar al reconocimiento a su favor de remuneración por trabajo suplementario, como tampoco la reliquidación de acreencias laborales derivadas de su naturaleza salarial.

Adicionalmente y como otro argumento para despachar de manera desfavorable las suplicas de la demanda, nótese que no quedo claro para esta Sala, la jornada laboral del actor, en la medida que como lo dijo el demandante en ocasiones laboraba en las noches y otros días en el día, mas cuando es bien sabido que la jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que cuando se reclama el pago de horas extras, dominicales y festivos, el trabajador debe probar que efectivamente las ha ejecutado y se debe ubicar el periodo que se demanda, teniendo que ser precisas y claras.

Atendiendo lo anterior y una vez examinados los medios probatorios que se incorporaron al proceso, observa la sala que en efecto no existe evidencia alguna que permita inferir con absoluta claridad y precisión, si el trabajador laboró en una jornada que excedía la máxima legal, así como en domingos y festivos, si que tal presupuesto se tenga por surtido de la relación que obra a folio 28, toda vez que se trata de un documento que el mismo actor elaboró y no fue aceptado por el empleador.

En atención a las consideraciones antes expuestas, la sustancia de la demanda...

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de mayo de 2021, según se expuso.

SEGUNDO: Sin Costas en este grado jurisdicción de consulta.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310501020180034801)



DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310501020180034801)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310501020180034801)