

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JUDY ANDREA MEDINA PINTO CONTRA
ADRIANO RIVERA GÓMEZ, PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO DE
COMERCIO CAFÉ LIBERTADOR.**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada por la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JUDY ANDREA MEDINA PINTO presentó demanda contra ADRIANO RIVERA GÓMEZ, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio CAFÉ EL LIBERTADOR, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que se ejecutó entre el 12 de mayo de 2014 y el 27 de junio de 2017, el que terminó por decisión unilateral y sin justa causa de su empleadora y en el que desempeñó el cargo de Barista, lapso durante el cual no recibió el pago de prestaciones sociales, licencia de maternidad y vacaciones, ni fue afiliada al sistema integral de seguridad social. En consecuencia se condene al demandado a pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, aportes a seguridad social en

salud y pensión, vacaciones y subsidio familiar causados en vigencia de la relación laboral, junto con las sanciones por no consignación de las cesantías y moratoria, la indemnización por despido sin justa causa y la indexación (páginas 24 a 27 y 39 a 42, archivo No.1 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Como fundamento de lo pedido afirma que el 12 de mayo de 2014 celebró un contrato de trabajo verbal con el demandando para desempeñarse como Barista, de lunes a domingo en el horario de 11:00 a.m. a 8:00 p.m., en el establecimiento de comercio denominado Café el Libertador de propiedad de este, devengando un salario de \$40.000 diarios para el 2014, \$43.000 para el 2015, y \$45.000 para el 2017. Asegura que su empleador nunca la afilió al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, ni a un fondo de cesantías y a una Caja de Compensación Familiar, ni pagó las acreencias laborales a las que tenía derecho en vigencia de su vínculo contractual. Sostiene que en el curso del contrato laboral quedó embarazada, situación que puso en conocimiento de su empleador, su hijo nació el 4 de julio de 2015 y no le fue cancelada la licencia de maternidad. Indica que el 27 de junio de 2017 fue despedida por llegar tarde a trabajar, pese a que explicó a ELIANA RIVERA SILVA que el retardo obedeció a la situación de salud de su hijo menor (páginas 22 a 24 y 36 a 39, archivo No.1 del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por ADRIANO RIVERA GÓMEZ, mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones y en su defensa formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones solicitadas y pretendidas, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe. Aceptó los hechos relativos a la falta de pago acreencias laborales y afiliación al sistema de seguridad social aclarando que no estaba obligado a ello dada la vinculación por prestación de servicios que sostuvo con la actora. Los demás los negó o dijo no constarle. Afirmó que no existió vínculo laboral con la demandante sino contratos de prestación de servicios ejecutados de manera continua pero interrumpida, entre 2014 y 2017, así: i) del 19 de mayo al 15 de octubre de 2014 ii) del 13 de julio al 8 de agosto de 2015, iii) del 14 de agosto

al 31 de diciembre de 2015; iv) del 8 de mayo de 2017 al 7 de julio de 2017, fecha esta última en la que la trabajadora abandonó su trabajo. Indicó que pagó los servicios prestados por Judy Andrea Medina.

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de agosto de 2021, en la cual la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de cuatro contratos de trabajo entre las partes, a saber: del 19 de mayo al 14 de agosto de 2014; del 16 de septiembre al 15 de octubre de 2014; del 13 de julio al 31 de diciembre de 2015 y del 8 de mayo al 7 de julio de 2017; y condenó al pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, causados en cada uno de los vínculos, y la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. a partir de la finalización del último contrato. Para tomar su decisión, la juez consideró, en aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., que la prestación personal del servicio de la demandante a favor del demandando –cuya demostración estuvo excluida del debate- estuvo regida por un contrato de trabajo, aunado a que el demandado no logró desvirtuar la subordinación, y por el contrario, halló acreditado este elemento por la forma en que se ejecutaba la actividad. En aplicación del criterio vertido por la Corte Suprema de Justicia estimó procedente el pago de la sanción moratoria únicamente respecto del último contrato, negó el pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T. por no haberse acreditado el hecho del despido, y de la licencia de maternidad por no haber existido contrato de trabajo en el periodo de gestación.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO DECLARAR que entre la señora JUDY ANDREA MEDIDA PINTO como trabajadora y el señor ADRIANO RIVERA GÓMEZ propietario del establecimiento “Café el Libertador” como empleador, existieron los siguientes contratos de trabajo: del 19 de mayo 2014 al 14 de agosto del año 2014, del 16 de septiembre del 2015 al 15 de octubre del 2014, del 13 de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015, del 8 de mayo de 2017 al 7 de julio de 2017. SEGUNDO DECLARAR no probada las excepciones de mérito planteadas por*

el demandado. TERCERO CONDENAR al demandado ADRIANO RIVERA GÓMEZ a pagar en favor de la actora lo siguientes conceptos y las siguientes sumas de dinero: Por el primer contrato: (del 19 de mayo de 2014 al 14 de agosto del año 2014): Por cesantías \$212.500; por intereses a las cesantías \$6.020,83; por prima de servicio \$212.500 y por compensación por vacaciones \$97.750. Por el segundo contrato de trabajo (entre el 16 de septiembre y el 15 de octubre 2014): Cesantías \$72.500; intereses a las cesantías \$700,83; prima de servicio \$72.500; compensación por vacaciones \$33.350. Tercer contrato (Del 13 de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015): Por cesantías \$490.000; intereses sobre las cesantías \$27.440; prima de servicio \$490.000; vacaciones \$227.733. Último contrato (del 8 de mayo de 2017 al 7 de julio de 2017): Por cesantías \$196.666,67, intereses \$3.867,78, prima de servicios \$196.666,67, compensación por vacaciones \$91.527,47. CUARTO: CONDENAR al demandado a pagar en favor de la demandante la indemnización moratoria del artículo 65, correspondiente a \$37.228,67 diarios desde el 8 de julio de 2017 hasta el 7 de julio del 2019 y a partir del 8 de julio del 2019, los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima establecida por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre la totalidad de las prestaciones sociales adeudadas a la actora, hasta que se verifique su pago. QUINTO: CONDENAR a ADRIANO RIVERA GÓMEZ a pagar el correspondiente cálculo actuarial por los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones del actor (sic): para el primer contrato de trabajo (...) y para el segundo (...) con IBC de \$828.000 mensuales, advirtiendo que para todos los pagos deberá asumir el 100% del aporte pensional; del 13 de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015 IBC \$976.000 pesos; del 8 de mayo de 2017 al 7 de julio de 2017 sobre un IBC de un \$1'116.860. Dicho monto con destino a la entidad a la que se encuentra afiliada actualmente la demandante con sujeción a lo considerado y para ello deberá la actora informar el régimen pensional y el fondo de pensiones que actualmente se encuentra afiliada. Para hacer efectiva esa orden el demandado cuenta con un término de cinco (5) días para que eleve la solicitud de cálculo actuarial ante el fondo correspondiente y treinta (30) días más para pagar el monto que allí se arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora al empleador

demandando. En caso de no procederse de tal manera, está plenamente habilitada la actora para que proceda a solicitar dentro del mismo término la elaboración del cálculo actuarial al cabo de lo cual empezará a contabilizarse el término de 30 días con que cuenta el demandado para realizar el pago. SEXTO: ABSOLVER o negar las demás pretensiones de la demanda. SÉPTIMO: CONDENAR en costas al demandado en favor de la demandante. Se fija con agencias en derecho suma equivalente \$3'000.000” (archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, el apoderado del demandante la apeló solicitando se disponga el pago de la sanción moratoria respecto de cada uno de los contratos, como quiera que a la fecha en que cada uno finalizó se debieron pagar las prestaciones adeudadas, y no se hizo. Además, pide se reconozca el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo laborado den la cuantía que le hubiere correspondido de haber cotizado al sistema de salud¹ (récord 58:56).

¹ “Gracias señora juez de ante mano agradezco a su despacho y en especial a usted este análisis y esta demanda la cual se tornó de ante mano pues un tanto compleja en desarrollo de la misma pero el estudio tan acucioso y acercado por su parte hay que aplaudir, sobre este aspecto debo reparar en tres aspectos para formular el correspondiente recurso de apelación para que sea resuelto ante el honorable Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá. Si bien es cierto se logró establecer la existencia de los elementos esenciales de un contrato de trabajo muy bien lo expuso la señora juez, resalto si la importancia de los siguientes aspectos, en lo que tiene que ver con las condenas de las indemnizaciones y el reconocimiento de la licencia de maternidad. En cuanto a lo que tiene que ver con el la indemnización de que estamos hablando la moratoria del no pago oportuno de las de la liquidación de las prestaciones sociales, considero que estas deben operar desde la siguiente manera tal y como usted lo estableció en su estudio de los tiempos que lograron establecerse en extremos laborales se debe entender que la finalización concedida o sea si se da el inicio a una relación quiere decir que la primera como se analizó dentro de esta sentencia finalizó como quiera que dentro de la contestación de la demanda no se formuló la excepción de prescripción, de entenderse o ha de entenderse que efectivamente entre los periodos que se señaló en el dos mil catorce (2014) en el dos mil quince (2015) en el dos mil dieciséis (2016) y dos mil diecisiete (2017), precisamente por lo menos en el año de dos mil catorce (2014) que era el diecinueve (19) de mayo de dos mil catorce (2014) al catorce (14) de agosto de dos mil catorce (2014) y del dos mil eh... entre ese intervalo que se dice paso un mes entonces allí se debate sentado una un pago de una liquidación como ese pago no obedeció no se hizo allí debió operar la indemnización moratoria porque es que era de esa primera relación laboral que hubo y de la cual se logró establecer que no hubo pago de prestaciones y por eso se alzó eh... la condena y lo mismo sucedió con el periodo del dieciséis (16) de septiembre de dos mil catorce (2014) al quince (15) de octubre de dos mil catorce (2014), cuando aquí vuelve y se interrumpe ese contrato según las pruebas que se lograron alcanzar dentro de este plenario entonces entre eso entre esa fecha ultima del quince (15) de octubre y la nueva vinculación laboral opera

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

también la indemnización moratoria porque el hecho de que se reanude en contrato no quiere decir que entonces para este efecto si recogemos las consecuencias de atrás pero si es como si no hubiese pasado nada no, el señor no pago en ese época la oportunidad que le correspondía pagar la liquidación a la finalización del contrato de trabajo y así se presentó en cada uno de los contratos en el año dos mil en el de junio de dos mil quince (2015) treinta y uno (31) de diciembre de dos mil quince (2015) precisamente ahí nuevamente se presenta una de las mayores moratorias y se establece entonces que en el dos mil dieciséis (2016) no hubo relación laboral, entonces a en el dos mil quince (2015) no pago la liquidación entonces ahí hasta cuando vuelve a iniciar un nuevo contrato de trabajo entonces él le adeuda una esa indemnización moratoria y la que acertadamente es su despacho le señaló para el año dos mil dieciséis, entonces en cuanto a las indemnizaciones no estoy de acuerdo por estas razones y por el contrario considero que si tiene derecho a que se le paguen las indemnizaciones adeudadas para la época máxime nos desgastaríamos en esto donde se hubiese formulado la excepción de prescripción, pero para el caso que nos ocupa esta no fue formulada razón por la cual pues el, el despacho muy acertadamente también se abstuvo de irse a referir sobre este aspecto. En lo que tiene que ver con la licencia de maternidad también se discrepa allí pues efectivamente no hubo duda que la señora Leidy y lo sabía así tanto el dueño del establecimiento demandando como su hija, la que tiene como contadora tanto como su otro hijo como los testigos Leidy y otros testigos, pues no hubo duda que ella estuvo embarazada y que se mantuvo se ha aquí no vamos a aplicar analogía sino es que se mantuvo y no hay la menor duda de que efectivamente durante ese periodo de dos mil catorce (2014) si la señora estuvo embarazada y lo que se argumenta es y se logra evidenciar acá y usted lo resalta también en un llamado de atención a la conciencia sino lo están haciendo es que esa forma anómala e irregular de contratación conlleva a unas consecuencias que sucedería si la señora Leidy en el momento en que por primer vez ingresa a laborar al café libertador en el años dos mil catorce (2014) y en ese mismo año cuando se da esa otra contratación dos periodos de contratación hubiese estado afiliada al sistema integral de seguridad social más exactamente en este caso a la EPS pues la EPS habría que tenido que pagar proporcionalmente al tiempo de afiliación la licencia materna ahora que puede haber hecho esa es una suposición pero ¿Cuál era el paso siguiente? Como que era que ella contaba con una afiliación a una EPS pues en el momento en que deciden despedirla o que ella decide irse o como sea pero lo que se establece es que ella embarazada no le servía pues pudo haber continuado su periodo de gestación hasta tanto se llegara el de alumbramiento, si miramos la fecha que se establece aquí la, la terminación o la supuesta ausencia como sea del, del contrato de trabajo en el año dos mil catorce (2014) y miramos la fecha del nacimiento de su hijo eh... aparece que fue en junio en junio el cuatro (4) de junio del año dos mil quince (2015) perdónenme nos estamos era refiriendo perdónenme me equivoque en apreciación no me refiero al dos mil catorce (2014) sino al año dos mil quince (2015), entonces eh... en cuando dice que en el dos mil quince (2015) el cero seis (06) de junio nace su hija su hija o su hijo perdónenme eh... su hijo eh... a no es su hija, eh... nace eh... allí se evidencia efectivamente que sí que si ella deja de trabajar y se logró probar esa mala fe del empleador y toda la situación que se evidenció en esa forma irregular de contratación pues ella si había tenido derecho a esa licencia de maternidad entonces habrá que cotejar de manera clara con el Tribunal y unos alegatos que sé que se habrá en su momento procesal esa exposición de confrontar las fechas y si se confrontan las fechas ella tendría derecho a que efectivamente por esa omisión del empleador de no haberla tenido oportunamente afiliada al sistema de seguridad social es que no gozó principalmente del disfrute de esa licencia de maternidad eh... creo que es sobre este sobre estos aspectos únicamente que va encaminado mi recurso en estos aspectos el de las indemnizaciones de todos los periodos y el de la licencia de maternidad en cuanto a lo al restante de la sentencia muy conforme señora juez y de ante mano agradezco ese sentido social que usted tiene para el momento de proferir fallos como el que acaba usted, muchas gracias."

Se estudiará la apelación presentada por el demandante, advirtiéndole que por error se admitió el recurso de la demandada, parte que no lo propuso.

No es objeto de controversia en esta instancia que entre las partes existieron cuatro (4) contratos de trabajo que tuvieron como extremos temporales los siguientes: i) del 19 de mayo al 14 de agosto de 2014; ii) del 16 de septiembre al 15 de octubre de 2014; iii) del 13 de julio al 31 de diciembre de 2015; iv) del 8 de mayo al 7 de julio de 2017. Tampoco se discute la falta de pago de las prestaciones sociales, aportes a seguridad social y vacaciones causadas en vigencia de tales relaciones, ni la buena fe en el actuar de la demandada, la cual fue descartada por la juez de primer grado sin que frente a ese particular se presentara inconformidad alguna.

En ese orden y en virtud del principio de consonancia (artículo 66 A del C.P.T y la S.S.), le corresponde al Tribunal establecer (i) si procede el pago de la indemnización moratoria a la finalización de cada uno de los contratos de trabajo declarados por la juez de primer grado, y (ii) si hay lugar al reconocimiento proporcional de la licencia de maternidad.

(i) Para lo primero, el artículo 65 del CST impone al empleador, como sanción por la demora en el pago de los salarios y las prestaciones sociales de sus trabajadores, un día de salario por cada día que transcurra desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta el pago efectivo de tales derechos, y cuando se reclama en la demanda la declaración de existencia de vínculos laborales sucesivos pero diferentes, resulta viable la moratoria frente a cada uno de ellos sin precedente su acumulación según lo ha dicho la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencias SL4866 de 2020 y SL9586 de 2016²).

² “No obstante, para la Sala, tratándose de varios contratos independientes y sucesivos con el mismo empleador, la indemnización moratoria por el no pago de la liquidación final de salarios y prestaciones, no es acumulable. Así lo tiene enseñado, verbigracia en la sentencia CSJ SL del 28 de octubre de 2008, No. 33656, a saber:

La indemnización moratoria, se pretende a partir de la terminación de cada una de las relaciones laborales que existieron entre las partes. Sin embargo, conforme lo ha determinado la jurisprudencia, frente a casos similares, la correcta interpretación del artículo 65 del Estatuto

No obstante, en el caso presente las pretensiones de la demanda inicial –que no pueden ser modificadas en la alzada- están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, lo que impide librar la condena que reclama el recuso³, razón suficiente para confirmar en este punto la sentencia apelada.

(ii) Para lo segundo, la Ley 1438 de 2011 que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo –vigente para la fecha de parto de la demandante, 4 de junio de 2015 (páginas 10 y 11, archivo No. 1 del expediente digital)- preveía que “Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto”, remunerada con el salario que devengara al entrar a disfrutar del descanso. Tal prestación, es

Sustantivo del Trabajo, es la de que la sanción no es acumulativa, y por ello debe aplicarse evitando la duplicidad.

En ese orden, como el primer vínculo culminó el 30 de diciembre de 2001 y el segundo finalizó el 30 de junio 2002, la moratoria del primer contrato iría desde el 31 de diciembre de 2001 hasta el 30 de junio de 2002; y la del segundo, desde el 1º de julio de 2002 hasta el 10 de enero de 2003, cuando culminó la segunda relación. En este orden, la condena por tal concepto resulta inferior a la impuesta por el fallador de alzada.”

³ Criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral sentado desde la sentencia con radicación 27371 del 19 de octubre de 2006, reiterada en la SL 14208 del 2017 y la SL 1674 del 2019, última en la cual señaló:

“En un caso con similares contornos, en sentencia CSJ SL, 2 de mar. 2006, rad. 26707, la Sala puntualizó:

“(…) En cuanto a los extremos del contrato de trabajo, auscultadas las pruebas pertinentes, la demandante no logró demostrar la existencia de un único vínculo laboral en el período reclamado, pues efectivamente mediaron márgenes de tiempo entre la finalización de un contrato y el nacimiento de otro, que para la Sala son suficientes para estimar la existencia de más de una relación contractual, como sucede respecto del contrato No. 063 que venció el 31 de julio de 1996 y el siguiente No. 457 que comenzó el 28 de agosto del mismo año, donde transcurrieron 27 días, y en relación a este último que culminó el 27 de noviembre de 1996 frente al posterior No. 785 que se inició el 23 de diciembre de igual año, con un lapso de interrupción de 25 días (folio 123 del cuaderno de anexos).

De tal modo, que como la parte actora fundamenta y respalda sus pedimentos en una sola relación laboral, para efectos de proceder a estimar las condenas se tendrá en cuenta el ulterior vínculo que se ejecutó entre el 23 de diciembre de 1996 y el 25 de julio de 1997 (...).

Criterio reiterado en sentencia CSJ SL, 19 de oct. 2006, rad. 27371, donde sostuvo:

“(…) Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes”.

pagada por la empresa promotora de servicios de salud (EPS), siempre que medie afiliación y cotización al régimen contributivo; en caso contrario, debe ser asumida por el empleador.

Descendiendo al expediente se advierte que la última vinculación laboral de la demandante con el demandado –según quedó definido en la sentencia inicial– terminó el 15 de octubre de 2014, es decir, al menos 8 meses atrás al nacimiento de su hijo acaecido el 4 de junio de 2015 (páginas 10 y 11 del archivo No. 1 del expediente digital, trámite primera instancia), es decir no contaba para ese momento con un contrato laboral vigente con ADRIANO RIVERA. En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó el pago de la licencia de maternidad, pues siendo este un descanso remunerado, para causar el derecho al mismo se requiere que para la fecha del parto la mujer gestante se encuentre laborando, situación que no ocurrió en el asunto.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

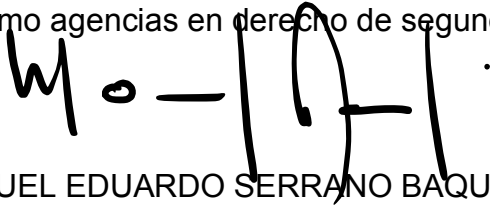

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Judy Andrea Medina Pinto contra Adriano Rivera Gómez, propietario del establecimiento de comercio Café Libertador.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de QUINIENTOS MIL PESOS MCTE (\$500.000), como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA LUCERO MONDRAGÓN CHIVATÁ
CONTRA LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, contra la sentencia dictada por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de agosto de 2021. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO del 1º de junio de 2004 al 14 de abril de 2014, y se CONDENÓ a la demandada a pagar *los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones* según las pautas que exija la administradora que elija la parte actora, la cual deberá *expedir el correspondiente cálculo actuarial*. Absolvió del pago de la pensión sanción y declaró probada la excepción de prescripción respecto de las demás acreencias.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARTHA LUCERO MONDRAGÓN CHIVATÁ presentó demanda contra LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que la demandante ingresó a laborar como empleada de servicio doméstico para la convocada el 18 de enero de 1999, vínculo que se prolongó hasta el 1 de abril

de 2014, sin solución de continuidad, en el cual devengó mensualmente: 1 SMLMV de 1999 a 2005, \$800.000 en 2006, \$840.000 en 2007, \$900.000 en 2009, 950.000 en 2010 y 2011, \$1.000.000 en 2012 y \$1.050.000 en 2013 y 2014. En consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar primas de servicios, el auxilio de cesantías, los intereses sobre las cesantías, la sanción por no pago de estos último, la compensación en dinero de las vacaciones debidamente indexada, el *subsidio* de transporte, las indemnizaciones por *despido indirecto* debidamente indexada y moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, los aportes parafiscales conforme al salario real devengado y la pensión sanción por no haber sido afiliada al sistema general de pensiones, haber laborado más de 10 años y menos de 15 y haber sido *despedida sin justa causa*.

Como fundamento de lo pedido afirma que laboró para LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO, mediante contrato verbal, del 18 de enero de 1999 al 14 de abril de 2014 como *empleada de servicio doméstico*. El vínculo que terminó *sin justa causa por la demandada* por renuncia de la demandante ya que *la demandada no pagaba prestaciones sociales, subsidio de transporte y no la tenía afiliada a seguridad social*, como lo manifestó en varios reclamos verbales¹. Cumplió sus labores de *cocinar, lavar, planchar, pagar recibos de servicios públicos y mensajería* y, a partir de 2007, *cuidar y atender* de la hija recién nacida de la demandada, así como de sus otros 2 hijos y su esposo. El horario de trabajo fue de lunes a sábado de 8:30 a.m. a 8:30 p.m. y algunas veces hasta las 10:00 p.m. Ante la falta de afiliación a seguridad social, la demandante se vio obligada a vincularse al Sisbén para la atención en salud de su hijo, quien padece la enfermedad de alto riesgo *disfibrinogenemia*. Citó a la demandada a diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo para el 4 de abril de

¹ El hecho “CUARTO” refiere que “La relación laboral fue terminada de manera unilateral y sin justa causa por la demandada...”; mientras que el hecho “UNDÉCIMO” señala que la demandante “se vio obligada a renunciar a su trabajo, ya que la demandada no pagaba prestaciones sociales, subsidio de transporte, no la tenía afiliada a seguridad social, ...” y el “VIGÉSIMO” indica que “la demandante se vio obligada a presentar renuncia a su cargo”.

2017, la cual no se pudo llevar a cabo por inasistencia de la demandada (archivo único folios 4 a 13).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO, mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que desconoce la existencia de una relación con la demandante, las fechas de inicio y terminación, la modalidad en que se habría generado el vínculo, el horario de trabajo y las demás circunstancias personales de la demandante, las cuales deberán probarse en el trámite. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, cobro de lo no debido, compensación y buena fe* (archivo único folios 29 a 33).

Mediante auto del 26 de octubre de 2018 fue inadmitida la anterior contestación, por cuanto *“se omitió el pronunciamiento expreso respecto de los numerales ‘2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11’ de los hechos”* (archivo único folios 40 a 42). Ante el silencio de la demandada, en proveído del 25 de abril siguiente, se tuvieron *“por ciertos los hechos susceptibles de confesión”* referidos en el auto anterior (archivo único folios 43 a 45).

Terminó la primera instancia con sentencia del 20 de agosto de 2021, en la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO del 1º de junio de 2004 al 14 de abril de 2014 y CONDENÓ a la demandada a pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones según las pautas que exija la administradora que elija la parte actora, la cual deberá expedir el correspondiente cálculo actuarial. Absolvió del pago de la pensión sanción y declaró probada la excepción de prescripción respecto de las demás acreencias.

Para tomar su decisión, el Juez encontró que la demandada confesó la prestación personal del servicio doméstico por parte de la demandante durante 3 veces a la semana, vínculo que se entiende subordinado por definición del

mismo. Señaló que los testimonios recibidos sólo dan cuenta de su conocimiento a partir de 2007 y 2011 respectivamente, por lo que se acude nuevamente a lo confesado por la pasiva en cuanto a la fecha inicial, quien, si bien señaló que entre 2004 y 2006 no hubo prestación del servicio, *“no se preocupó por arrimar al expediente medio que diera sustento a su afirmación”*, por lo que consideró que debía declararse el contrato a partir del *1º de junio de 2004*. No hay controversia en cuanto a la fecha final el 14 de abril de 2014, cuando la demandante renunció. Según lo confesado por la demandada, el salario en 2014 fue de \$850.000, mientras que para los demás años se tendrá en cuenta el SMLMV, al no haberse probado valor diferente. No se interrumpió el término prescriptivo, pues la mera citación a audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo resulta insuficiente al no verificarse que la empleadora conoció el contenido de su reclamación. No se cumplió con la densidad de tiempo requerida para obtener la pensión sanción y tampoco se probó el *despido indirecto* alegado. En ejercicio de la facultad de fallar extra y ultra *petita*, encontró que la demandante tenía derecho al pago de los *“aportes a pensión”* dejados de cancelar, en el sistema que elija la demandada y según los parámetros de la administradora, *“entendiendo que se trata de cotizaciones en mora”*.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción en relación con las acreencias sociales, salvo los aportes en Seguridad Social en Pensiones, y DECLARAR NO PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación, en la forma expuesta en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que entre las señoras MARTHA LUCERO MONDRAGÓN CHIVATÁ identificada con la C.C. 52.127.973, como trabajadora, y LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO identificada con la C.C. 52.252.513, como empleadora, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 1º de junio de 2004 y el 14 de abril de 2014, en virtud del cual la demandante se desempeñó como empleada del servicio doméstico, relación laboral que fue terminada por decisión de la trabajadora. TERCERO: CONDENAR a la demandada, señora LUCILA ROSA*

MEJÍA LONDOÑO, a pagar a favor de la demandante, los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a la entidad que la demandante indique, teniendo en cuenta aportes desde el 1° de junio de 2004 al 14 de abril de 2014, sobre un ingreso base de cotización del salario mínimo legal vigente entre los años 2004 y 2013, y de \$850.000, para el año 2014, de acuerdo con las pautas que le exija el Fondo Administrador de Pensiones y en sistema de pensiones que indique la demandante, entendiendo que se trata de cotizaciones en mora, y debiendo la entidad destinataria expedir el correspondiente cálculo actuarial. CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, según las razones expuestas en precedencia. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada en proporción del 70%. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$2.000.000 M/Cte” (Audiencia virtual del 20 de agosto de 2021 Min. 41:26).

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante manifiesta que se debió tener en cuenta que se tuvo por confesa la demandada por no haber contestado los hechos 1 a 11 y por ello se debió declarar la existencia del contrato de trabajo desde el 18 de enero de 1999, en horario de trabajo de 8:30 a.m. a 8:30 p.m. de lunes a sábado, y el no pago de prestaciones ni factores, por lo que el salario tampoco puede ser el mínimo legal, y que la actora “se vio obligada a renunciar”. En cuanto a la prescripción, se debe tener probado que el Ministerio del Trabajo citó a la demandada, entidad que realizó el requerimiento correspondiente, sin que la Ley exija al trabajador presentar copia de la reclamación al empleador y, en todo caso, debió el Juzgado oficiar a dicha entidad, para recaudar la prueba de la solicitud de la demandante (Audiencia virtual del 20 de agosto de 2021 Min. 44:00).

En el recurso de LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO, su apoderado pidió que se revoquen en su totalidad de las condenas de primera instancia, pues considera que no se probó la existencia de los extremos de la relación laboral

y la carga de la prueba le correspondía a la demandante, en ausencia de éstos, no procede condena alguna. En caso de aceptar los extremos señalados por el juzgador, no se podía tener en cuenta la jornada completa, pues únicamente se habló de 3 días a la semana. Finalmente, considera que no había lugar a la condena “*extra y ultra petita*” pues no fue objeto de discusión dentro del proceso el pago de aportes a seguridad social en pensiones, lo cual sorprende a las partes, y mucho menos dejar al arbitrio de la demandante escoger el sistema pensional, pues hay enormes diferencias entre ellos y debía haber sido pedido un régimen específico desde la demanda, lo cual no se evidencia en el presente trámite (Audiencia virtual del 20 de agosto de 2021 Hora 1:03:36).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con los recursos de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si entre las partes existió una relación laboral y los extremos de la misma; (ii) el salario percibido por la actora; (iii) si fue interrumpido en debida forma el término prescriptivo y, en consecuencia, procede el pago de prestaciones sociales, auxilio de transporte y vacaciones de la accionante, así como las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y no pago de prestaciones y salarios al finalizar el vínculo; (iv) si se encuentra acreditada la terminación del vínculo por *despido indirecto* y, conforme a ello, si hay lugar a la respectiva indemnización; (v) si hay lugar al reconocimiento de la pensión sanción; y (vi) si se acreditaron los presupuestos necesarios para la condena al pago de los aportes a pensión adeudados, en la modalidad de cálculo actuarial, a la administradora de pensiones que la demandante escoja.

(i) CONTRATO REALIDAD - EXTREMOS. Para resolver son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”, disponen como elementos esenciales

de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- se *entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*.

Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. Probada la prestación de servicios personales, opera la presunción de subordinación, elemento que debe ser desvirtuado por el extremo demandado.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal modificará la sentencia de primera instancia, pues las pruebas aportadas demuestran que la demandante prestó servicios personales como *empleada del servicio doméstico*, de manera continua del 30 de junio de 1999 al 14 de abril de 2014, de lunes a sábado en horario asignado de 8:30 a.m. a 8:30 p.m., conforme a lo cual se presume el elemento subordinación en ese lapso, el cual no fue desvirtuado por la demandada.

Lo anterior encuentra prueba en la confesión ficta declarada en auto del 25 de abril de 2019 respecto de los hechos contenidos en los numerales 2 a 11 del

libelo (archivo único folios 43 a 45), válida de conformidad con los artículos 191 y 193 del CGP².

Reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que *“la sanción probatoria no puede entenderse como de carácter genérico o indeterminado, sino que, para que se preserve el derecho de defensa y contradicción, ésta requiere que verse sobre expresiones concretas, claras y precisas, por tanto, corresponde al juez indicar, al momento de su imposición, los específicos hechos sobre los cuales recae, los cuales, obviamente, deben ser susceptibles de ser confesados, es decir, deben reunir las exigencias subjetivas y objetivas de las normas que atrás se han mencionado”*³. En concreto, se tuvo por cierta la celebración del contrato de forma verbal, la continuidad de la labor hasta el 14 de abril de 2014, el cargo y las labores desempeñadas y el horario de trabajo, y tales hechos no fueron desvirtuados por la parte demandada en la fase probatoria del proceso.

En cuanto a la forma de terminación, no se puede desprender confesión alguna, pues el hecho 4 señala que éste terminó *“de manera unilateral y sin justa causa por la demandada”*, mientras que el 11 indica que fue la demandante quien *“se vio obligada a renunciar”*, lo cual resulta contradictorio.

Así mismo, y contrario a lo señalado en recurso de la parte actora, el hecho 1 no fue objeto de confesión ficta, por lo que no se puede tomar la fecha allí señalada como la de inicio de la relación laboral. En consecuencia, se toma

² “ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

(...).

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL6843 de 2016 Rad 49975, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRY BUENO.

como fecha de inicio de la relación la señalada en interrogatorio de parte rendido por la demandada, quien confesó que la actora le prestó sus servicios desde junio o julio de 1999, de lo que se desprende, como mínimo, que la demandante laboró un día del mes de junio de dicha anualidad.

Ahora, si bien en el referido interrogatorio de parte la pasiva indicó que entre 2004 y mediados de 2006 no hubo prestación de servicio por parte de la demandante, debido a que se fue a laborar con otra persona, lo cierto es que dicha afirmación resulta insuficiente para desvirtuar la confesión ficta o presunta relativa a que el vínculo se dio *“sin solución de continuidad hasta el 14 de abril de 2014”*, contenida en el hecho 3 de la demanda.

Evidenciado lo anterior, correspondía al extremo demandado desvirtuar la subordinación, conforme a la carga procesal que le impone la presunción legal del artículo 24 del CST, frente a lo cual no se allegó prueba útil alguna que permitiera concluir que la labor se realizó con *autonomía técnica y directiva* de la demandante, es decir, prueba de haber obrado sin sometimiento a las órdenes de quien la contrató en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de servicios, o a reglamentos laborales.

ii) SALARIO. Para resolver sobre esta materia, se debe advertir que, por regla general, todo pago que reciba el trabajador retribuye directamente sus servicios, según el artículo 127 del CST (carácter retributivo –primera característica del salario-) ⁴ ⁵. Al respecto, nuevamente la única prueba con la

⁴ “Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “(…), esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018)”.

que se cuenta es la confesión de la demandada en interrogatorio, quien afirmó que para el año 2014 el pago mensual efectuado a la accionante era de \$850.000, sin recordar los pagos de las demás anualidades. En consecuencia, para los años 1999 a 2013 se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 144 y 145 del CST^{6 7}, como lo señaló el Juez de primera instancia, pues contrario a lo señalado en el recurso de la demandante, no se probó valor alguno y mucho menos fue objeto del presente trámite ni fue debatido dentro del mismo, la existencia de factores salariales que pudieran variar su monto. Así mismo, si bien se tuvo como confeso presuntamente que el horario de la demandante era de 8:30 a.m. a 8:30 p.m., no hay certeza acerca de cada uno de los días en que prestó servicios en dicha jornada, esto es, no se acreditó ni se demostró qué días y en qué horario efectiva y realmente se prestó el servicio, por lo que no es posible reconocer trabajo suplementario alguno⁸.

iii) PRESCRIPCIÓN. Para decidir sobre este tópico, los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años para la prescripción de la acción judicial que busca el reconocimiento judicial de derechos laborales. El término corre *“desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”* y *“el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez”*, por lo cual, corre nuevamente por un lapso igual al inicial (3 años).

Cuando se alega la interrupción del término de prescripción por los trámites de una conciliación extrajudicial, la Corte Suprema de Justicia ha dicho claramente que dicha diligencia interrumpe la prescripción de los derechos que

⁶ ARTÍCULO 144. FALTA DE ESTIPULACIÓN. Cuando no se haya pactado expresamente salario, se debe el que ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de éste, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región.
ARTICULO 145. DEFINICIÓN. Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural.

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3009-2017 Rad. 47044 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3009 Rad. 47044 del 15 de febrero de 2017 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: *“(…), no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, …”*.

se reclamaron en la conciliación, siempre y cuando haya comparecido el empleador y se demuestre que en la citación se identificaron específicamente los derechos sobre los cuales versará la acción judicial⁹.

Con este claro lineamiento normativo y jurisprudencial, el Tribunal confirmará la decisión apelada, pues no se demostró que el empleador hubiera asistido a la audiencia de conciliación. El acta de “*COMPARECENCIA TRABAJADOR*” del 4 de abril de 2017 (archivo único folio 14) acredita –POR EL CONTRARIO– que a la diligencia compareció el demandante y su apoderada, pero no la convocada LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO. En este orden, resulta acertada la declaración de prescripción que dispuso el Juez en la sentencia de primera instancia, pues tampoco se probó que por otras razones se pudiera declarar una suspensión del término de tres años dispuesto en la Ley para el efecto.

iv) **DESPIDO INDIRECTO.** Los artículos 62 y 63 del CST contemplan taxativamente los hechos que constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo y asignan tanto al empleador como al trabajador la facultad de alegar su ocurrencia para resolver el contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida. Cuando es el trabajador el que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina *despido indirecto* y procede el pago de la indemnización correspondiente.

A la luz de lo previsto por el artículo 167 del CGP, para que se pueda dictar condena por este concepto se debe demostrar que las conductas aducidas

⁹ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Rad. 33273 del 18 de junio de 2008, M.P. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ: “(...) la Corte Suprema de Justicia ha admitido la validez de las reclamaciones efectuadas ante los Inspectores del Trabajo o ante cualquier autoridad que pueda dar solución a conflictos laborales, cuando en la correspondiente diligencia está el empleador remiso en cuyo desarrollo se entera de cuáles son los derechos que su ex-trabajador le está solicitando su satisfacción, siempre y cuando tales derechos también aparezcan debidamente individualizados, pues en realidad si el simple reclamo escrito del asalariado recibido por su empleador tiene la fuerza para interrumpir la prescripción, no se ve la razón para que una reclamación ante funcionario público y en presencia del empleador no la tenga también para los propósitos de anular el término prescriptivo que venía corriendo para que empiece la contabilización de otro igual por el lapso inicialmente señalado”.

ocurrieron y ellas que ellas constituyen un incumplimiento a las obligaciones que el contrato de trabajo impone al empleador (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL 18344 del 24 de agosto de 2016). Así mismo, tales causales deben haber sido invocadas en su oportunidad para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL417 del 27 de enero de 2021 Rad. 71672).

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues no se demostró que al momento de terminar el vínculo la demandante hubiera puesto en conocimiento de su empleadora las razones que aduce en el libelo la llevaron a terminar el vínculo. Nótese que incluso en los hechos de la demanda se limita a decir que se vio obligada a renunciar por no pago de prestaciones, subsidio de transporte ni afiliación a seguridad social, lo cual habría reclamado en vigencia del vínculo, sin que haga mención alguna a haber referido ello al momento de su renuncia. Ello tampoco fue objeto de confesión en el interrogatorio de parte a la demandada, quien manifestó que las razones aducidas por la actora al terminar el vínculo, fueron de índole personal y familiar.

No resultan útiles en esta materia los testimonios de OLGA CECILIA HERNÁNDEZ LADINES¹⁰ y ISRAEL MILLÁN BLANCO¹¹, quienes, a pesar de manifestar conocer la relación laboral existente entre las partes, nunca ingresaron al apartamento en que la accionante prestaba sus servicios ni la vieron recibir órdenes directamente de la demandada, con quien tampoco tuvieron mayor contacto, y tampoco estuvieron presentes al momento de la renuncia, por lo que sus dichos al respecto se basan exclusivamente en lo que les confió la actora en virtud de su relación de amistad o de conocidos y en los

¹⁰ Audiencia virtual del 25 de mayo de 2021 Video 1 Min. 03:02.

¹¹ Audiencia virtual del 25 de mayo de 2021 Video 2 Min. 00:12.

encuentros esporádicos que tenían con ella en la portería del edificio en que laboraba.

v) PENSIÓN SANCIÓN. El artículo 267 del Código Sustantivo de Trabajo señala que *“El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos”* tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione. En consecuencia, son 3 los requisitos que debe probar el trabajador que se quiere beneficiar de dicha disposición: i) no haber sido afiliado a seguridad social en pensiones por omisión del empleador; ii) haber laborado entre 10 y 15 años a favor de este último; y iii) haber sido despedido sin justa causa.

Habida cuenta de lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia. Si bien se demostró en el trámite que la actora no fue afiliada a seguridad social en pensiones -como lo confesó la demandada en su interrogatorio- y que los servicios a favor de esta última fueron prestados por un interregno superior a 10 años e inferior a 15 años -del 30 de junio de 1999 al 14 de abril de 2014-; no se demostró la existencia de un despido ni siquiera en la modalidad *indirecta* o de renuncia justificada, omisión que, de conformidad con lo señalado en el acápite previo, resulta suficiente para desestimar lo pretendido.

vi) CÁLCULO ACTUARIAL. Para resolver esta parte de la controversia, la Sala se remite al contenido del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone la obligatoriedad de efectuar las cotizaciones *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”*.

Cuando el empleador desconoce la obligación de afiliar al trabajador, la normatividad dispone a su cargo el pago, mediante cálculo actuarial, del valor de los aportes para pensión por los tiempos durante los cuales prestó servicios para que la entidad pagadora de pensiones pueda computarlos, para lo cual es necesario que el empleador traslade a satisfacción la suma que corresponde a dicho cálculo actuarial (inciso 1°, parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993).

Cuando se incumple la obligación de pagar los aportes de un trabajador que sí estaba afiliado, las normas disponen a cargo del empleador el pago del aporte junto con el interés moratorio *“igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios”* (artículo 23 de la Ley 100 de 1993). En esta eventualidad los tiempos correspondientes a dichos aportes deben ser computados por la entidad pagadora de pensiones, aun cuando no se haya efectuado el pago, pues dicha entidad tenía a su cargo y contaba con las herramientas jurídicas pertinentes para hacer el cobro respectivo, según lo ha dicho reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 5 de junio de 2012 radicación 41958).

Con fundamento en lo dicho, se confirmará la sentencia de primera instancia también en este aspecto, pues se demostró que la demandada LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO incurrió en una omisión de afiliación de la trabajadora, hoy demandante, en el periodo comprendido entre el 30 de junio de 1999 y el 14 de abril de 2014, como se indicó con anterioridad.

Se debe precisar para contestar al argumento de apelación que las facultades extra o ultra petita de las que está investido el Juez laboral en primera instancia, se pueden ejercer siempre y cuando los hechos que darían lugar a la declaración judicial se hubieran discutido en el proceso, y las situaciones fácticas que dan lugar al pago de aportes se expusieron claramente dentro del escrito de demanda, en el acápite de hechos. En tal sentido, se anunció la falta de afiliación de la accionante al sistema de seguridad social en pensiones de

manera expresa en los hechos 11, 12 y 13, hecho que -además- fue objeto de confesión por parte de la demandada en el interrogatorio de parte.

Por todo lo dicho y dados los extremos laborales evidenciados en esta instancia, la Sala modificará los extremos de la condena al pago del cálculo actuarial para que el mismo sea reconocido del 30 de junio de 1999 al 14 de abril de 2014, para lo cual se deben tener en cuenta los salarios señalados con anterioridad. Para el efecto, deberá la demandante informar en qué administradora de pensiones se encuentra afiliada o, en caso de no contar con afiliación, seleccionar entre los regímenes y administradoras disponibles, en virtud de lo señalado en el artículo 13 literal *b*) de la Ley 100 de 1993, e informar su decisión a su empleadora para que adelante el trámite y pago correspondiente.

COSTAS en apelación a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **DECLARAR** que el contrato de trabajo existente entre MARTHA LUCERO MONDRAGÓN CHIVATÁ y LUCILA ROSA MEJÍA LONDOÑO, estuvo vigente del 30 de junio de 1999 al 14 de abril de 2014.
2. **MODIFICAR** el numeral tercero de la referida providencia para, en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al pago del cálculo actuarial por los aportes adeudados del 30 de junio de 1999 al 14 de abril de 2014, teniendo en cuenta un IBC de un SMLMV para los años 1999 a 2013 y de \$850.000 para el año 2014. Para el efecto, deberá la demandante informar previamente a la encartada, acerca de la administradora de

pensiones a la que se encuentre afiliada o a la que desee vincularse,
de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

- 3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 4. **COSTAS** a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LAURA MEJÍA FLÓREZ CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 6 de diciembre de 2021 por la Juez Veintiuna (21) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LAURA MEJÍA FLÓREZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* o, en subsidio, la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido en febrero de 2001, con fundamento en que se le indujo a error al no

habérsele dado información acerca de los requisitos y condiciones para pensionarse en cada régimen pensional, el tiempo necesario para el efecto, cuál sería la proyección de su prestación, las posibles consecuencias desfavorables de su traslado ni su situación pensional para la época y a futuro. Al calcular el valor de la mesada que le correspondería en el RPM, esta resulta muy superior a la que obtendría en el RAIS. Como consecuencia de lo anterior, pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, y se ordene a PORVENIR S.A. trasladar todas las cotizaciones recibidas, con rendimientos y los valores destinados al fondo de garantía de pensión mínima (ver demanda en archivo 01 folios 16 a 43 y archivo 06 folios 3 y 4).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones dirigidas en su contra, argumentando que la afiliación a dicha entidad, se efectuó de manera libre y espontánea, luego de recibir una asesoría acorde a las disposiciones legales vigentes, como lo manifestó el actor en el formulario correspondiente, único documento exigido para la época, sin que hubiera solicitado información adicional para tomar la decisión que le resultara más conveniente, como era su deber de consumidor financiero y tratándose de un régimen contenido en la Ley, como lo ha resaltado la Superintendencia Financiera. No cualquier falta de información vicia el consentimiento, y la legislación no consagra la ineficacia de la afiliación. Las cotizaciones voluntarias permiten alcanzar un derecho pensional antes de cumplir la edad necesaria y en una mesada superior frente al RPM. El demandante nunca presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto. No se advierte pues, causal alguna de nulidad y, en todo caso, el afiliado se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos ya cumplieron su cometido legalmente establecido. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes

excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe* (ver contestación en archivo 10 folios 3 a 26).

También contestó la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran en el plenario pruebas de que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente acorde a la normativa vigente para la época, sin que haya probado lo contrario. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado antes de encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Por último, resaltó que la acción de nulidad aducida se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 11 folios 3 a 45).

A su vez, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderada, también contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra únicamente, bajo el argumento de que la afiliación a dicha entidad se efectuó previa asesoría integral y completa acerca de las implicaciones del traslado de régimen entre administradoras, las características del régimen y las diferencias con el RPM, ventajas y desventajas de éstos, según las normas legales vigentes para la época. Un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. Resaltó que la demandante no hizo uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, y no era beneficiaria del régimen

de transición. Manifestó que la nulidad debió ser alegada dentro del término establecido en el artículo 151 del CPTSS, por lo que actualmente se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; prescripción; buena fe; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; compensación y pago; petición antes de tiempo; obligación a cargo exclusivamente de un tercero e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 12 folios 3 a 21).

Terminó la primera instancia con sentencia de 6 de diciembre de 2021, mediante la cual la Juez Veintiuna (21) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la PORVENIR S.A. no probó haber brindado una buena asesoría sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. Agregó que no se encontró confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte rendido por la actora. Los traslados al interior del régimen no constituyen ratificación. Señaló que no hay lugar a declarar la prescripción de la acción, por tratarse de un derecho íntimamente ligado con la prestación pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora LAURA MEJÍA FLÓREZ al Régimen de Ahorro Individual el 21 de marzo de 2.001, con fecha de efectividad a partir del 01 de mayo del mismo año por intermedio de COLFONDOS S.A., quedando afectada por la ineficacia también del traslado el realizado a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE*

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR en el año 2.004. En consecuencia, DECLARAR como afiliación válida la del Régimen de Prima Media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la actora -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados a la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por concepto de seguros previsionales, los cuales deben ser asumidos con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora LAURA MEJÍA FLÓREZ por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS, según lo señalado. SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Sin costas frente a COLPENSIONES y PORVENIR. SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – archivo 20 Hora 1:11:24).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS S.A., su apoderada pide que se revoque parcialmente la sentencia en cuanto se condenó a la devolución de pagos de administración y sumas adicionales debidamente indexados y el porcentaje de la pensión mínima con cargo a su propio patrimonio, pues sus actuaciones se han ajustado a la Ley y el manejo de los aportes se hicieron conforme a las normas que determinan los cobros correspondientes. La consecuencia de la ineficacia sería entonces que nunca se causaron rendimientos y así no se descontarían gastos de administración, pues lo contrario generaría un enriquecimiento sin justa causa. Resaltó que la afiliada no sería beneficiaria de una pensión mínima en COLPENSIONES, por lo que no tendría sentido su devolución (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – archivo 20 Hora 1:34:57).

También apeló PORVENIR S.A. Su apoderada pide se revoque la decisión, por considerar que, si bien la obligación de información siempre ha existido, para la época el traslado se dio conforme a las normas vigentes, lo que se evidencia con el formulario de afiliación, sin que se exigiera otro documento o prueba de asesorías distintas a las allí consagradas. Adicionalmente se trasladó nuevamente dentro del régimen y permaneció en el mismo por 20 años. Contrario a lo señalado, la entidad respetó la voluntad de la demandante al momento de escoger voluntariamente la entidad para su afiliación, como lo manifestó en interrogatorio de parte. La inconformidad se centra en el valor de la mesada pensional, la cual no era posible proyectar al momento del traslado. La declaratoria de inexistencia no daría lugar a trasladar los rendimientos o, en caso tal, los gastos de administración deducidos por disposición legal. En el mismo sentido durante la afiliación la accionante tuvo cobertura por riesgos de invalidez y sobrevivencia, y tales sumas fueron trasladadas a las aseguradoras (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – archivo 20 Hora 1:16:27).

En el recurso de COLPENSIONES su apoderada solicita también que se revoque la decisión, en cuando considera que el traslado se dio de manera libre y voluntaria y, en todo caso, el deber de información como se exige sólo se materializó a partir de 2014 y 2015, previo a lo cual resultaba válido únicamente el formulario de afiliación, el cual da cuenta de la voluntad de la demandante. Solicita se *multe* a COLFONDOS conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues se opuso a las pretensiones, pero no efectuó acto alguno para demostrar la validez del traslado. Se debe determinar si la presunta falta de información se debe a la pérdida de un derecho cierto, como sería el régimen de transición, o si lo que busca es un beneficio indebido por inconformidad con su mesada pensional. Pide se condicione el cumplimiento de la sentencia, al efectivo traslado de los recursos debidamente indexados. Solicita no se le condene en costas al haber sido ajena a la situación que dio lugar a la presente acción (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – archivo 20 Hora 1:23:34).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010

y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*".

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 37 años de edad y había laborado por 489,86 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de servicios (tenía 8 años, 1 mes y 4 días)², y para la fecha de

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 06 folios 6 a 9.

² *Ibidem*.

presentación de la demanda ya había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver archivo 02 y archivo 06 folio 5).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *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 este sentido:

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

(i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”;* (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“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”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A., no probó haberle

brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*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*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que su traslado se dio cuando en su lugar de trabajo se hizo una reunión grupal se les indicó que podrían trasladarse a COLFONDOS, entidad que tenía muchos beneficios como intereses que ayudarían a tener una mejor pensión, sin indicarle las desventajas o riesgos de su decisión. Situación que se repitió en su traslado a HORIZONTE, hoy PORVENIR, lo que ocurrió de manera masiva en la empresa para la que trabajaba (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – archivo 20 Min. 17:10).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia o los posteriores traslados en dicho régimen, y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de COLFONDOS S.A. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades extra y ultra petita de las que está investida la Juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía la setencia definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración debidamente indexados por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en respuesta a los argumentos de la apelación, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías

⁵ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en archivo 11 folios 3 a 45).

COSTAS de segunda instancia a cargo de COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JORGE ANDRÉS CRUZ LA RROTA CONTRA
BANCOLOMBIA S.A.**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia dictada por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de octubre de 2020.

Téngase al doctor Ricardo Blanco Romero, con T.P. 259.167 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado sustituto de BANCOLOMBIA S.A., conforme el poder que le fue conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JORGE ANDRÉS CRUZ LA RROTA presentó demanda contra la sociedad BANCOLOMBIA S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que fue despedido sin justa causa y, en consecuencia, se ordene el reintegro a un puesto de similar o mayor jerarquía al que ocupaba al momento de la terminación unilateral de su contrato de trabajo, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social y demás acreencias laborales legales y extralegales, causados entre la fecha del despido y aquella en que se

produzca el reintegro. Además, pide el pago de la indemnización por mora en el pago de sus prestaciones al momento del retiro y las costas procesales. Subsidiariamente solicita se condene a BANCOLOMBIA S.A. al pago de indemnización por despido sin justa debidamente indexada y la indemnización contenida en el artículo 65 del CST.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 14 de enero de 2013 se vinculó mediante contrato laboral a término indefinido con BANCOLOMBIA S.A., el cual finalizó el 13 de marzo de 2018 por decisión de la entidad financiera, sin justa causa y sin tener en cuenta el procedimiento consagrado en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, fecha para la cual se desempeñaba en el cargo de Asesor Integral II y devengaba \$2.441.782. Señala que el 7 de marzo de 2018 fue citado para rendir explicaciones por hechos relacionados con el desembolso de un crédito por valor de \$8.000.000 a favor de OSCAR RODRIGO ÁVILA TOVAR, y movimientos financieros de su cuenta de ahorros, a la cual acudió sin la presencia de algún miembro del sindicato o compañero de trabajo, con lo cual, asegura, se violó su debido proceso disciplinario. Sostiene que no realizó ningún trámite frente a la obligación financiera adquirida por el señor ÁVILA TOVAR, ni ejerció presión alguna para su asignación, pues esta le fue ofrecida por teléfono y aprobada por la oficina de créditos, y aunque éste le hizo un préstamo, ello fue en razón a su lazo familiar y en todo caso pagó la totalidad con recursos provenientes de su salario. Comenta que en vigencia de la relación laboral nunca fue sancionado por faltas a sus deberes profesionales, ni obtuvo dádivas o beneficios de préstamos de clientes, y aunque los ha recibido de parte de familiares, no ha involucrado al banco en esas actuaciones. Aduce que su empleador no le indicó el procedimiento adelantado para calificar la gravedad de la sanción a imponer (páginas 151 a 156, archivo "001ExpedienteFísico.pdf", expediente digital, trámite primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, BANCOLOMBIA S.A. la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con excepción de aquella que procura la declaratoria de

existencia del contrato de trabajo, y en su defensa formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago y prescripción. Admitió los hechos relativos a los extremos del vínculo, el cargo desempeñado, el último salario y la citación a rendir explicaciones, los demás los negó. Enfatizó en que despidió al trabajador con justa causa, al encontrar, luego de la investigación realizada por la Dirección de Seguridad Corporativa y agotar el procedimiento previsto en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, que trasgredió de manera grave y ostensible los valores establecidos en el código de ética y que incurrió en conflicto de intereses al gestionar productos con un cliente que según el dicho del demandante era primo de su esposa (páginas 184 a 196, ibídem.).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de octubre de 2020, mediante la cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión, consideró improcedente el reintegro por no haberse probado el fuero constitucional del que gozara el demandante al momento de su desvinculación. Frente a la indemnización del artículo 64 del C.S.T. negó el pago de la misma por encontrar acreditados los hechos del despido, los que con base en el código de ética y el reglamento de trabajo constituían justa causa, y no advertir violación al debido proceso del actor en tanto se siguió el procedimiento previsto en la Convención Colectiva de Trabajo. Respecto a la sanción moratoria, estimó no estar en discusión valores adeudados al demandante.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el demandante Jorge Andrés La Rota no goza de estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato de trabajo, ni de fueros, ni de fuero alguno, por lo tanto, no es procedente el reintegro a su lugar de trabajo. SEGUNDO: ABSOLVER a BANCOLOMBIA de todas las pretensiones incoadas en su contra de conformidad con lo considerado en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por Bancolombia. CUARTO: Condenar*

en costas a la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de \$200.000. QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandante consúltese a su favor ante el honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, Sala Laboral” (récord 26:54, archivo “007AudiecniaArt80Del20201013.mp4”, expediente digital, trámite primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante manifiesta que, para efectos de ordenar el reintegro, la juez debía tener en cuenta la violación del debido proceso y particularmente del derecho de defensa en el proceso disciplinario que se le adelantó, por cuanto no le fue posible acudir a la diligencia de descargos acompañado de los miembros del sindicato y no se atendieron los términos a que se refiere el artículo 26 de la Convención Colectiva. Además, advierte la trasgresión de su derecho a la intimidad por parte de Bancolombia al revisar los movimientos de su cuenta bancaria. Afirma que su empleadora no prohibía la realización de préstamos, ni previó el conflicto de intereses respecto de aquellas personas que no tuvieran un vínculo de consanguinidad o afinidad con el trabajador, como ocurre en este caso. Asimismo, dice, el actor no gestionó ni aprobó el crédito a favor del primo de su cónyuge, pues se trató de un pre-aprobado al que el usuario accedió de manera voluntaria y en el que solo intervino para la obtención del desembolso. Considera que debió condenarse al pago de sanción moratoria por cuanto entre el retiro del trabajador y el pago de su liquidación final transcurrió un mes¹ (récord 26:54, archivo

¹ “Gracias señoría, con todo respeto me permito disentir de su sentencia, de su fallo, que no encuentro ajustado en toda la extensión a la legalidad que consagran las normas, tanto laborales, constitucionales, reglamentarias, que vinculan al trabajador con Bancolombia por lo consiguiente me permito presentar a su conocimiento el recurso de apelación que desde luego sustento de la siguiente forma: Señaló su despacho que el trabajador no goza de, de un fuero ni pensional, ni discapacidad, ni de fuero laboral, por la situación de trabajador aforado, ni que goce tampoco de alguna circunstancia que le permita acceder al reintegro laboral, en ello pues disiento un poco en la medida en que las consideraciones que tiene su despacho para no concederle el reintegro no solo están previstas en la Constitución Nacional sino en el Código Sustantivo del Trabajo que su señoría por ningún lado asomó, hubiese tenido en cuenta esa consideración, aduciendo para ello que la carga de la prueba estaba a cargo del trabajador y efectivamente así lo hizo el mismo, cuando dejó a consideración de su despacho las circunstancias de estar perteneciendo a un sindicato laboral que debía proteger sus intereses en el momento en que se adelantaba un proceso disciplinario en su

contra, mismo que su despacho bajo ninguna consideración tuvo en cuenta, que el trabajador tuviese el tiempo necesario para, de un lado advertirle al sindicato que debía hacer presencia para que lo escuchara en la audiencia de descargos. Su señoría muy bien lo acertó en la última parte de sus consideraciones al manifestar que de un día para otro le hicieron la citación, pero eso de un día para otro se tomaría si fuese en la ciudad de Bogotá o en la ciudad de Medellín donde tienen sus oficinas, y el trabajador desde luego desempeñara sus labores en la misma ciudad, recordemos que aquí el trabajador laboraba en un municipio del departamento de Cundinamarca, distante a más de 2 horas y media de la capital y estaba citado para las 8 de la mañana de ese día a rendir sus descargos, tiempo en el cual no pudo advertirle al sindicato de su situación, razón por la cual le vulneraron su derecho a la defensa, pero eso será objeto de circunstancia más, mas, más luego, le expondré esas razones. De otro lado manifestó que la terminación del contrato, que fue sin justa causa, y que su despacho atiende el artículo 62 como que llevo el Banco de Colombia como razones para dar por terminado el mismo, debido al supuesto conflicto de intereses, ya que le ayudó a gestionar un crédito de, a, a un primo de, de su esposa, no encuentro por ninguna parte que Bancolombia haya manifestado en su defensa durante los interrogatorios del apoderado de Bancolombia, su representante legal manifestó, así mismo lo hizo la representante legal de Bancolombia como gerente de La Mesa, ambos al consuno manifestaron que la entidad prohibía no hacer préstamos de esta naturaleza ni de existir conflictos de intereses en personas que tuvieran consanguinidad, grado de consanguinidad, con el trabajador, en ningún momento manifiesta que el primo de la esposa tenga alguna afinidad con el mismo, ya que por ningún lado se vislumbra que sean parientes, en ningún grado, en ningún grado. La consanguinidad y la afinidad están definidas, precisamente en el Código Civil para poder acelerar (sic) a ciencia cierta que personas en esa circunstancia de prohibición de que dice Bancolombia que como lo manifestó su mismo, sus mismos representantes, solo hasta el segundo grado de consanguinidad tendrían esa prohibición y aquí por ningún lado se asoma tal distinción, que el trabajador haya tenido afinidad con el señor que tuvo a consecuencia obtener un crédito de Bancolombia. También yerra su señoría al manifestar que el señor Jorge Cruz La Rrota le gestionó el crédito por 8 millones de pesos, eso es falso de toda falsedad, atendiendo al hecho de que el señor Jorge Cruz La Rrota nunca le gestionó el crédito ya que el mismo deponente, testigo ante su despacho, manifestó que el crédito le había sido aprobado por Bancolombia, pre aprobado, y por ello se había acercado a mirar que era lo que le habían pre aprobado, pero nunca, nunca, ni el banco, ni el señor manifestaron que fuera el señor Jorge Cruz La Rrota quien le hubiese gestionado ese crédito, lo único que hizo el señor Jorge Cruz La Rrota fue decirle al señor que como él era conocido de él, en atención a que era primo de la esposa, pues si le podía hacer un préstamo pues se lo hiciera y voluntariamente el señor accedió a ello, bajo ninguna circunstancia forzado, ni porque él le hubiera realizado la gestión del crédito, ni tampoco forzado bajo ninguna circunstancia de coacción para obtener el mismo. Entonces no se entiende su señoría de donde obtuvo que le aplicaba la sección sexta del reglamento de trabajo que habla del conflicto de intereses cuando por ninguna parte, y su misma su señoría lo, lo dice, se estila, se estila que exista tal conflicto de intereses entre una persona ajena al banco y el trabajador. De otro lado su señoría, manifestó que la justa causa del despido estaba señalada en el reglamento de trabajo que porque el señor Jorge Cruz había aprovechado el préstamo que le había hecho el señor cliente del banco bajo la circunstancia de que él se lo había aprobado, como se dio cuenta su señoría el señor Jorge Cruz no fue el que le aprobó el crédito, fue Bancolombia, quien le pre aprobó pero no por su gestión, el señor Jorge Cruz le gestionó la diligencia para que obtuviera el desembolso y de esta forma fue que obtuvo el señor su crédito mas no porque se le hubiese gestionado mi poderdante. Señala su señoría que el Bancolombia no le viola al trabajador la intimidad, atendiendo a que en el artículo 14 el trabajador se obligaba a informar al, al banco de los movimientos que tuviese de su situación financiera, efectivamente el trabajador lo depuso en su información de descargos, que él había obtenido una cantidad de dinero de varias situaciones, mismas que el banco nunca atinó a escuchar porque él lo dejó preciso, los dineros que le entraron fueron de forma lícita por circunstancias de negocios que cualquier persona está libre de realizar y en cambio si el banco accedió a su cuenta bajo el pretexto que en el artículo 11 donde se habla en el contrato de, en el contrato de trabajo de que Bancolombia le puede revisar la información, dice en la cuenta de, de banco, apertura de cuenta de Bancolombia, su señoría manifiesta que esta información la podía obtener Bancolombia de su cuenta de

ahorro porque así lo había señalado expresamente, su señoría esa cuenta, esa información que obra en el artículo 11 de la cuenta de ahorros obra para toda persona natural que apertura (sic) cuentas y no por ello está consagrado tácitamente que el señor Jorge Cruz La Rrota haya autorizado a Bancolombia a inmiscuirse dentro de su cuenta personal porque está protegida por la Constitución Política de Colombia bajo la gravedad de violar su intimidad personal, situación que su señoría permitió en esta o, en este sentido atendiendo a que señala que Bancolombia podía perfectamente acceder a su cuenta de ahorros, si señoría, esto lo dijo y manifestó además que Bancolombia con eso no violaba el derecho a la intimidad, eso es señoría, es totalmente absurdo y esa es la, el motivo por el cual no podía proceder su señoría a admitir esa arbitrariedad tal como lo hizo. Desde luego señalo su señoría y ya aviniéndonos a, a la situación de el (sic) proceso disciplinario quedo consagrado que Bancolombia tienen diversas situaciones para atender el despido de sus trabajadores, pero no asomo su despacho a observar la disposición que tuvo el representante legal de Bancolombia cuando manifestó de propia palabra que no se debía adelantar ningún proceso disciplinario al trabajador, situación que esta desde luego contradiciendo lo que su señoría avaló, en esta situación donde señalo que al trabajador le habían adelantado el proceso disciplinario consagrado en el artículo 67 del código de ética, y para nada tuvo en cuenta lo consagrado en el artículo veintiséis del reglamento de trabajo de la convención colectiva de trabajo vigente para Bancolombia para el año 2017 a 2020, donde desde luego se consagra que al trabajador debía, no solo atenderse a él, sino que debía permitírsele el tiempo para que el informara a los representantes del sindicato para que estos procedieran a trasladarse a la ciudad de La Mesa a realizar o estar presentes en la toma de descargos, situación que como muy bien lo señaló su despacho hicieron de un día para otro, es decir con total apresuramiento. Igualmente señaló su despacho que no podía tener en cuenta por ninguna circunstancia la incidencia de que el proceso no podía iniciarse porque ya habían pasado más de 60 días después de ocurridos los hechos, que, como bien lo determino su despacho, los tuvo en conocimiento el banco el 17 de octubre de 2017, que para el 6 de marzo ya habían transcurrido más de los 60 días que dispone ese artículo y lo hizo su despacho y se abstiene y elude el tema al manifestar que no puede reprochar ya que no tuvo, no tuvo en conocimiento cuando fue que el banco tuvo en cuenta la realización del hecho por parte del trabajador. Eso es absurdo señoría, eso es absurdo y es un yerro de su parte porque debió haber determinado que el banco, como bien lo señala, tuvo en cuenta la fecha del 17 de octubre como de conocimiento de los hechos y los 60 días de que habla la norma se cumplieron el 17 de diciembre del, del mismo año siendo que al trabajador solamente lo vinieron a enjuiciar el día 6 de marzo cuando lo citan para la toma de descargos, es decir casi 3 meses después de haberse vencidos los términos que tenía Bancolombia para haber iniciado el procedimiento de investigación, de, de retiro o el proceso disciplinario que se le imputa al trabajador. Entonces su señoría erró totalmente al no haber apreciado la disposición que tiene el mismo banco para iniciar la investigación administrativa y para imputar, por decirlo así, los cargos al trabajador, que lo hizo muy lejos, pero muy lejos, del tiempo que tiene para hacer tal, tal situación, y también absuelve su señoría a el banco de Colombia por la indemnización moratoria del artículo 65 pero no por las circunstancias que podía de pronto haber tenido su señoría como acierto para desvirtuar que el banco de Colombia despidió al trabajador y le hizo una liquidación y se la pagó pero por allá un mes después, un mes después de haber hecho el retiro del trabajador. Su señoría muy bien y preciso es el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que fue reformado por la Ley 789 de 2002 en su artículo 29, y que consagra que al el trabajador debe ser cancelado al momento de retirarse del trabajo, no dice que espere un mes sino al momento del retiro del trabajador deben cancelársele sus prestaciones salariales situación que no tuvo Bancolombia porque lo hizo como su señoría lo apreció al señalar que si le pago pero no tuvo en cuenta fue la fecha en que le pago, que es lo que se reclama para el artículo 65 que también debió ser aplicado. Entonces su señoría concretando, el trabajador si fue despedido sin justa causa, con violación de todo procedimiento disciplinario, con violación del Código Sustantivo del Trabajo, con violación de la Constitución Política de Colombia y no como lo dejo previsto su señoría en su fallo, el cual espero eleve ante el Tribunal Superior competente para que sean los honorables magistrados los que atiendan de forma cierta esta situación, gracias señoría.”

“007AudiecniaArt80Del20201013.mp4”, expediente digital, trámite primera instancia).

Conforme lo establece el artículo 66A del CPT el Tribunal solo puede estudiar las materias sobre las cuales versó el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de discusión en este proceso que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido el 14 de enero de 2013, el cual finalizó el 13 de marzo de 2018 por decisión unilateral del empleador, en el que el demandante desempeñó como último cargo el de ASESOR INTEGRAL II, con un salario mensual de \$2.441.782. Estos hechos, además de haber sido excluidos del debate por la aceptación de las partes, se corroboran con la documental que fuera incorporada al plenario (ver páginas 8, 9 a 18, 197 a 204205,227, 228 y 230 archivo “001ExpedienteFísico.pdf” del expediente digital, trámite primera instancia).

Así, en virtud del principio de consonancia (artículo 66 A del C.P.T y la S.S.), le corresponde al Tribunal establecer (i) si procede el reintegro del demandante por afectación del debido proceso en el trámite de su despido, (ii) si el motivo invocado por BANCOLOMBIA para dar por terminado el contrato de trabajo se enmarca en una justa causa, y (iii) si procede el pago de sanción moratoria por la demora de un mes en el pago de las prestaciones sociales.

(i) Para lo primero debe el Tribunal precisar que la sentencia C- 593 de 2014 dispuso, con base en el principio de legalidad *de la pena* y con efectos de cosa juzgada constitucional, la necesidad de agotar el proceso que define el reglamento interno de trabajo como condición de eficacia de las sanciones que impone el empleador dentro del trámite disciplinario de sus trabajadores. En ejercicio de la facultad disciplinaria el empleador puede imponer sanciones para mantener el orden en el sitio de trabajo (multas, suspensiones, etc.).

Cosa distinta ocurre cuando el empleador ejerce una facultad que la Ley le otorga para terminar unilateralmente el contrato de trabajo (despido), pues en esta situación y por mandato del artículo 1542 del CC (condición resolutoria tácita) la ausencia de una justa causa impone el pago de las indemnizaciones que la Ley tasa para el despido injusto, y no el reintegro del trabajador, a menos que exista algún fuero legal o convencional que ampare su estabilidad, como el fuero sindical.

Sobre la adecuada distinción del despido y la sanción disciplinaria se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 15245 – 2014 a cuyo contenido nos remitimos², reiterada en la sentencia SL 2351 de 2020 en la cual precisó que si bien, por regla general, la terminación del contrato por parte del empleador con asidero en una justa causa no constituye una sanción disciplinaria -de allí que el contratante no esté obligado por ley a agotar un procedimiento disciplinario- ello no implica que se pueda terminar la relación de forma arbitraria y sin escuchar al trabajador obligación que encontró claramente exigible de cara a la causal 3) literal a) del artículo 62 del CST, y de las contenidas en los numerales 9° a 15° de esa misma disposición, por lo que, en los demás casos, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada

² SL 15245 – 2014. M.P JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ-" En asuntos de similares características a los que son objeto de controversia, la Corte ha precisado con insistencia que el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y, en consecuencia, aquel no tiene que estar sujeto a un trámite previo, salvo que tal exigencia se hubiera pactado en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral, situación que no es la acontecida en el sub judice. Para el efecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 22 de abril y 13 de marzo de 2008, radicaciones 30612 y 32422, respectivamente, en las que se dijo: "Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa." La jurisprudencia de la Corte ha precisado que la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario; así se dijo, por ejemplo, en las sentencias del 10 de agosto de 2000, radicación, febrero 19 de 2002, radicación 17453 y julio 25 de 2002, radicación 17976, entre otras".

por el empleador³. Advirtió la Corte, sin embargo, que *“la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido”*.

En el asunto bajo examen, debe advertirse en primer lugar, que en la demanda no se indicó cuál era la fuente normativa que sustentaba el reintegro pretendido y, en todo caso, no se advierte del acervo probatorio, que en el contrato de trabajo, el reglamento interno o la convención colectiva (texto que se incorporó al proceso sin constancia de depósito, lo que de todas formas lo hace ineficaz como prueba) se hubiere previsto esta consecuencia en caso de despido sin justa causa. En todo caso, de dársele validez probatoria a este último instrumento (Convención Colectiva 2017-2020, páginas 19 a 67 del archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia), lo cierto es que no se desprende de su texto –como lo refiere el recurrente– que el despido se equipare a una sanción o que, previo a dar por finalizado el contrato de trabajo, debía agotarse el procedimiento disciplinario previsto para la imposición de faltas disciplinarias (artículo 26 de la Convención Colectiva 2014-2017⁴) y por ende, que su falta de agotamiento lo hiciera ineficaz.

En el artículo 26 de esa CCT se estableció que aquel trabajador inmerso en una presunta justa causa de despido *“deberá ser oído antes de la aplicación de la decisión, asesorado, si lo considera conveniente, por dos representantes del sindicato al que esté afiliado, de los sindicatos titulares de esta convención”* (página 39 ibídem.), trámite que se le garantizó al actor

³ SL5321 – 2020. M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR “(...) En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

⁴ Disposición que conservó vigencia y se incorporó en la Convención Colectiva 2017-2020.

según da cuenta la documental traída a las diligencias (acta de explicaciones⁵ y citación debido proceso⁶), pues se le puso de presente la posibilidad que tenía de ser asesorado por la organización sindical y, pese a ello, acudió solo a la diligencia sin efectuar reparo alguno, dentro de la misma, por esa circunstancia.

Por lo anterior, se confirmará la decisión apelada en cuanto negó la pretensión principal de la demanda orientada a obtener el reintegro.

(ii) Para definir si la decisión unilateral de terminación del contrato de trabajo del actor se soportó o no en una justa causa legal, hecho del cual depende el pago de la indemnización que tasa la ley y que reclamó el demandante como pretensión subsidiaria, la legislación laboral colombiana establece, en el artículo 62 del Código Sustantivo y en forma taxativa, los hechos o conductas de alguna de las partes que permiten a la otra la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. En el parágrafo de esta disposición se establece -además- que *“la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

En lo que interesa a los argumentos del recurso, debe indicarse de manera preliminar, al expediente no se incorporó el texto completo de la carta de despido (página 4 y 227). Sin embargo, en ella la demanda adujo que el demandante incumplió gravemente sus funciones por cuanto *“no observó rigurosamente el Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Ética (...) y obró en contravía de los valores corporativos de la Organización al incurrir en un claro conflicto de intereses con un cliente al cual usted le gestionó productos. En efecto, como resultado de una investigación efectuada por el área de la Dirección de Seguridad Corporativa en el mes de Enero de 2018, se constató el conflicto de interés y malas prácticas por parte suya con el*

⁵ Páginas 222 a 226 del archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁶ Archivo 006 del expediente digital, trámite de primera instancia.

cliente identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.853.528, quien con posterioridad a que se le desembolsaran dos créditos, uno por valor de Ocho millones de Pesos (\$8.000.000) y un segundo crédito pre aprobado de consumo por valor de Cuatro Millones Quinientos Mil Pesos (\$4.500.00), procedió a efectuarle el día 17 de Octubre de 2017 una consignación a su cuenta de ahorros por valor de Cinco Millones de Pesos (\$5.000.000), lo anterior adquiere mayor relevancia por el hecho de que usted en el ejercicio de su cargo fue quien le gestionó el crédito por valor de Ocho Millones de Pesos al mencionado cliente (...)."

Esta conducta se enmarca en el numeral 6° del literal a) del artículo 62 del CST, que autoriza la terminación del contrato de trabajo cuando el trabajador incumple en forma grave las obligaciones que exponen los artículos 58 y 60 del CST, o las obligaciones o deberes que se comprometió en forma específica a cumplir respecto de un empleador determinado, autorizando la definición en el contrato de trabajo o en reglamento interno de prohibiciones u obligaciones especiales del trabajador cuya inejecución o incumplimiento se consideran graves para las partes del contrato.

Una vez revisado el expediente, frente a los argumentos que expone el recurso, el Tribunal revocará la decisión apelada en cuanto negó el pago de indemnización por despido injusto, pues aunque no existe controversia respecto a la ocurrencia del hecho atribuido al trabajador en la misiva como causa de despido, ésta no constituye una contravención de las obligaciones o prohibiciones inherentes al cargo que desempeñaba, ni reviste una gravedad intrínseca o acordada.

Al respecto, el demandante tanto en la diligencia de explicaciones como en el interrogatorio de parte que absolvió⁷, admitió que el señor OSCAR RODRIGO ÁVILA TOVAR –cliente del banco y primo de su cónyuge- el 17 de octubre de 2017 le prestó la suma de \$5.000.000, luego de que le fuera desembolsado un crédito preaprobado por el Banco; y reconoció que le

⁷ Audiencia del 6 de octubre de 2020, récord 59:49, archivo 005 del expediente digital, trámite de primera instancia.

ayudó a gestionar un crédito de libre inversión por valor de \$8.000.000, el cual le fue girado el 4 de septiembre de 2017.

Sin embargo, el literal g) del artículo 67 del Reglamento Interno de Trabajo, lo que califica como una falta grave y, por ende prevé como justa causa de despido, es *“aprovechar indebidamente la relación comercial con los clientes o usuarios del Banco, a fin de obtener de éstos préstamos, dádivas u otro tipo de beneficios que se otorguen en consideración a su condición de empleado de la Institución, o con el fin de que se dé trato preferencial o especial a los clientes, o a los asuntos cuyo trámite o decisión le corresponda”* (página 286, archivo 001 del expediente digital).

Como se ve, lo que considera la entidad financiera una falta grave y justa causa justa de despido, no es el simple hecho de que el empleado obtenga de parte de un cliente un préstamo, sino que se aproveche indebidamente de la relación comercial para obtenerlo, y que este se le otorgue en consideración a su condición de trabajador del Banco. Son precisamente estas últimas condiciones las que no se evidencian probadas en el expediente.

Frente al particular, obsérvese, en la misiva de despido se pone de presente que fueron dos los préstamos efectuados a OSCAR RODRIGO ÁVILA TOVAR, uno de los cuales fue efectivamente gestionado por el demandante –según confesó–, no obstante, no se tiene certeza ante la ausencia de elementos probatorios en ese sentido, que el préstamo realizado al actor por el señor ÁVILA TOVAR fuera consecuencia de esa gestión comercial realizada por el trabajador, así como tampoco, que el propósito de este al tramitarlo hubiese sido obtener a su favor el empréstito por parte del cliente, menos aún que el otorgamiento del crédito haya sido por ser empleado del Banco.

Por el contrario, OSCAR RODRIGO ÁVILA⁸ al rendir su testimonio, indicó que le prestó dinero al demandante a raíz de un favor que éste le solicitó, dada la cercanía de ambos que surgió por ser el esposo de una prima suya. Además, que la suma consignada al actor fue como consecuencia de un crédito desembolsado por el banco de un *preaprobado* que aceptó y no por la gestión que este hiciera, precisando, el otorgamiento de ese crédito que en algún momento le tramitó, no estuvo supeditado a que le prestara el dinero a JORGE ANDRÉS CRUZ y ocurrió mucho antes de que le fuera pedido el dinero por el demandante.

Adicionalmente, no es posible derivar el *aprovechamiento indebido* a partir del informe final de resultados emitido por la Dirección de Seguridad Corporativa – Sección de Investigaciones Especiales⁹, que sirvió de soporte al despido, porque allí sólo se exhiben las operaciones bancarias realizadas por el cliente (el retiro de los \$5.000.000 y la consignación de los mismos a la cuenta de ahorros del demandante), pero no las razones subjetivas que dieron lugar a esos movimientos.

Vale mencionar, lo acaecido con el demandante tampoco se enmarca dentro de una contravención al código de ética (sección 6), porque, para que exista conflicto de intereses en tratándose del parentesco, el empleado debe “*participar en el análisis y aprobación de operaciones de crédito o de tesorería para sí o para cónyuges, compañeros permanentes o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o único civil o para las personas jurídicas en las que el empleado o los parientes indicados tengan interés*”¹⁰, y los primos del cónyuge se ubican en el cuarto grado de afinidad.

Por todo lo dicho estima la Sala que no se demostró un incumplimiento o falta grave a obligaciones del trabajador.

⁸ Audiencia del 6 de octubre de 2020, récord 1:30:03, archivo 005 del expediente digital.

⁹ Páginas 216 a 221, archivo 001 del expediente digital, trámite primera instancia.

¹⁰ Página 117, archivo 001 del expediente digital.

Pero de todas formas tampoco se demostró que la situación descrita en la carta de despido tenga la gravedad suficiente para terminar válidamente y sin indemnización el contrato que venía ejecutando el actor, como quiera que ningún perjuicio se causó a la entidad financiera con la acción del demandante.

Definida la existencia de un despido injusto pasa la Sala a tasar el valor de la indemnización base en el 64 del CST.

Verificadas las operaciones aritméticas se obtiene por este concepto la suma \$ 9.219.354,90, aplicando la proporción que regula el artículo 6° de la ley 50 de 1990, de la cual resultan 113.27 días de indemnización a razón de \$81.392,73 de salario diario. Se dictará entonces la condena al pago de este valor.

(iii) Finalmente, frente a la sanción moratoria, el artículo 65 del CST dispone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de los salarios y prestaciones sociales que se causaron en una relación de trabajo, y si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que esta sanción no opera en forma automática e inexorable, pues el empleador puede acreditar en el expediente que actuó de buena fe, para que este efecto se pueda declarar debe aportar pruebas suficientes y pertinentes de las cuales se pueda deducir, (i) que creía con razones plausible no estar obligado a los pagos que se reclaman, o (ii) que se encontraba en una situación sobreviniente que le hacía imposible efectuar el pago oportuno de los derechos laborales.

Bajo estas reglas el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó el pago de sanción moratoria, pero no por las razones expuestas por la juez *a quo*, sino porque pese a que el demandante afirma que la liquidación final de prestaciones sociales le fue cancelada un mes después de su retiro, tal aseveración no trascendió al plano probatorio.

Costas de primera instancia a cargo de la demandada.

Sin costas en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, únicamente, en cuanto negó el pago de la indemnización por despido sin justa causa.
2. **CONDENAR** a BANCOLOMBIA S.A. a pagar a JORGE ANDRÉS CRUZ LA RROTA como indemnización por despido injusto \$9.219.354,90
3. **COSTAS** de la primera instancia a cargo de la demandada.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE NEIVER ISMELDA ORTIGOZA TORRES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2021 por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NEIVER ISMELDA ORTIGOZA TORRES presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 24 de febrero de 1998, con fundamento en que su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., se efectuó bajo *premisas falsas* que viciaron su consentimiento. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a

COLPENSIONES activar su afiliación sin solución de continuidad, y a la AFP el traslado de la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, como aportes, frutos e intereses, sin efectuar descuento alguno, así como indemnizarlo por daños y perjuicios (ver demanda de folios 3 a 18).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones que afectarían a la entidad, con fundamento en que la entidad no tuvo injerencia alguna en la decisión de traslado de la actora, quien suscribió válidamente el formulario de afiliación, sin manifestar inconformidad y sin que existiera prohibición alguna para el efecto. No obra medio probatorio alguno que acredite vicio alguno en su consentimiento, como es su deber procesal, y no es procedente exigir a la AFP documental adicional a la exigida para la época. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no se cumplen los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito: *validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción e innominada o genérica* (ver contestación de folios 52 a 64).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre y voluntaria, previo suministro información amplia y oportuna acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional de la

afiliada. Las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la Ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente, por lo que la actora también tenía el deber de informarse. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, el presunto vicio es saneable por ratificación, que se entiende al no haber presentado inconformidad alguna durante el tiempo de la afiliación, sumado a que ha transcurrido un término superior al señalado en el artículo 1740 del CC, por lo que la acción se encuentra prescrita. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación de la actora al sistema. Advierte que la demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previamente. En caso de declarar la *nulidad* o ineficacia, no procede el traslado de los gastos de administración ni sumas de las aseguradoras, pues éstos cumplieron su finalidad legal. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción*, *prescripción de la acción de nulidad*, *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en CD folio 90).

Terminó la primera instancia con sentencia de 16 de noviembre de 2021, mediante la cual la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Tampoco encontró confesión alguna de su parte en interrogatorio en ese sentido. Señaló que la acción no se encuentra prescrita por tratarse de una providencia meramente declarativa y los derechos asociados a la misma guardan íntima relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora NEIVER ISMELDA ORTIGOZA TORRES al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, mediante la suscripción de formulario el 26 de enero de 1998, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora NEIVER ISMELDA ORTIGOZA TORRES nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NEIVER ISMELDA ORTIGOZA TORRES como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1746 del C.C., es decir que se debe trasladar lo que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual, junto con lo que se haya deducido por concepto de gastos de administración, conforme se indicó en la parte motiva de esta decisión. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la señora NEIVER ISMELDA ORTIGOZA TORRES, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR. QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la parte pasiva. SEXTO: SIN CONDENA en costas. SÉPTIMO: En el evento que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra presente sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor”* (Audiencia virtual del 16 de noviembre de 2021 – CD folio 96 Hora 1:12:04).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso de PORVENIR S.A., su apoderada pidió que se revoque la decisión, por considerar que el traslado fue válido y eficaz, pues la demandante firmó el documento de afiliación, único exigido en la época para demostrar la debida asesoría. Resalta que el deber de información se ha desarrollado de manera progresiva, sin que sea posible aplicar normas posteriores a efecto de dictar condena, pues ello conllevaría un imposible jurídico. No se presentó coacción alguna por parte del asesor, por lo que no se incumplió lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. La actora pudo haber cambiado de régimen, pero prefirió mantenerse por más de 20 años, con lo que ratificó su deseo de permanecer en el mismo. La inconformidad de la demandante no se relaciona con el deber de información, sino con la mesada pensional, la cual no podía determinarse con certeza al momento de la afiliación. Resulta injusto ordenar la devolución de gastos de administración, pues de ser así no podría retornarse los rendimientos que se originaron por su afiliación al RAIS, por lo que en caso de confirmarse la providencia, pide se absuelva de la devolución de aquellos (Audiencia virtual del 16 de noviembre de 2021 – CD folio 96 Hora 1:14:03).

El apoderado de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, al ser dicha entidad ajena a la relación entre la demandante y la AFP que dio origen al presente trámite, sin que ésta reciba mayor consecuencia. Adicionalmente, se afecta el principio constitucional de sostenibilidad financiera de la entidad, por lo que se debe tener en cuenta el impacto de la condena en este tipo de procesos ante un eventual reconocimiento pensional (Audiencia virtual del 16 de noviembre de 2021 – CD folio 96 Hora 1:21:17).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema

General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando a la afiliada le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el

reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 38 años de edad y había cotizado 118,86 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 22 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 60 años de edad – ver folios 25 y 40).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según

¹ Ver historia laboral actualizada ante COLPENSIONES – folios 77 a 81.

² *Ibidem*.

³ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o*

el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *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 este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener la afiliada una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “*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*” (Sentencia

divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP PORVENIR S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“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”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí indicó que su traslado se dio cuando en su lugar de trabajo llegaron unas personas que les indicaron que se podrían pensionar en cualquier momento, así como retirarse cuando quisieran, tendría una cuenta de ahorro individual con rendimientos, sin indicar posibles pérdidas, la existencia de aportes voluntarios ni indicar diferencias entre un fondo y otro o cómo podría adquirir su derecho pensional (Audiencia virtual del 16 de noviembre de 2021 – CD folio 96 Min. 18:58).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en atención a los argumentos señalados en la apelación, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos

y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 24 2019 00397 01

Neiver Ismelda Ortigoza Torres Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JUAN EDUARDO ARANGO LÓPEZ CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 4 de octubre de 2021 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Brigitte Natalia Carrasco Boshell, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien se identifica con T.P. 288.455, para actuar como apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a las doctoras María Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JUAN EDUARDO ARANGO LÓPEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 3 de septiembre de 1995, con fundamento en que el asesor de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., no contaba con las cualidades necesarias para brindar una asesoría idónea, honesta y profesional, por lo que no proporcionó información suficiente, mínima y necesaria para tomar una decisión ajustada a sus intereses, lo que generó un vicio en su consentimiento. Previo al presente trámite evidenció que la mesada que obtendría en el RPM sería muy superior a la que le ofrece el RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se declare la afiliación en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene a la AFP el traslado de las cotizaciones o aportes, *bonos pensionales*, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos y cuotas de administración debidamente indexadas, que hubieren recibido con motivo de su afiliación, sin que se realice descuento alguno. En subsidio, solicita se declare responsable a PROTECCIÓN S.A. de no haber proporcionado información debida a través de sus asesores y, en consecuencia, se la condene al pago de perjuicios materiales por lucro cesante en cuantía equivalente a la diferencia respecto de la mesada pensional que le correspondería en el RPM y por daño emergente en cuantía de los gastos de administración cobrados durante su vinculación (ver demanda en archivo 001 folios 2 a 25).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que

haya demostrado vicio alguno en su consentimiento. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos* (ver contestación en archivo 003 folios 3 a 17).

También contestó la demanda, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría, realizada por personal debidamente capacitado, de manera objetiva, íntegra, clara y responsable acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, así como sobre las normas que regulan el traslado, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para la época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. Resaltó que el demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento para el efecto, con base en la variación del monto de su mesada pensional, máxime cuando el mismo no era posible determinarlo al momento de la afiliación, dadas las variaciones normativas, salariales, financieras y demás que se han presentado a lo largo de estos años. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración ni de alguna suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues, por el contrario, éstos generaron rendimientos mientras estuvieron en su poder, con los cuales se efectuó su traslado a la actual administradora a la que se encuentra afiliado el

actor. Finalmente, señaló que no procede indemnización alguna, pues ni siquiera se estimó de forma razonada su monto, como lo exige el artículo 206 del CGP. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en archivos 004 folios 3 a 26 y 007 folios 1 a 27).

Mediante auto dictado en audiencia del 27 de mayo de 2021, el *a quo* dispuso vincular al trámite a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (archivo 010 folios 1 y 2), entidad que también contestó la demanda, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones principales y a las subsidiarias que le podrían afectar, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre, voluntaria e informada, como se observa en el formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico, y antes de la misma se proporcionó la asesoría verbal de manera clara, precisa y veraz las características de dicho régimen, según las normas vigentes para la época. En todo caso, el actor es una persona capaz para decidir sobre su régimen pensional y la eventual omisión en el deber de información no puede verse en abstracto sino para cada caso particular, sumado a que era su deber informarse sobre el acto jurídico de traslado, la cual se encuentra contenida en la Ley, sin que una diferencia en la mesada pensional pueda ser excusa para pretender la nulidad o ineficacia de la afiliación. No se demuestra en el plenario acto atentatorio alguno respecto del derecho de afiliación, según lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. El actor ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al trasladarse al interior del mismo y no haber optado por cambiar al RPM antes de encontrarse incurso en la restricción

contenida en la Ley 797 de 2003. Consideró que, en todo caso, no era procedente la devolución de aportes, rendimientos o gastos de administración, conforme a concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 013 folios 2 a 25).

Terminó la primera instancia con sentencia de 4 de octubre de 2021, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que el demandante tomó una decisión consiente e informada, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Señaló que no hay lugar a declarar la prescripción de la acción, por tratarse de un derecho íntimamente ligado con la prestación pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al RAIS y con esto la afiliación realizada por el señor JUAN EDUARDO ARANGO LÓPEZ a partir de septiembre de 1995, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR que el señor JUAN EDUARDO ARANGO LÓPEZ se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: ORDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a realizar el traslado los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del señor demandante a COLPENSIONES junto con los rendimientos financieros causados, intereses,*

cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar. CUARTO: ORDENAR al fondo de pensiones COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas así como activar la afiliación del demandante e integrar en su totalidad el historial laboral del actor teniendo en cuenta los aportes realizados. QUINTO: ORDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a realizar el traslado a COLPENSIONES de los dineros correspondientes a las cuotas de administración que hayan sido descontados al afiliado durante el tiempo que permaneció como afiliado a dicho fondo. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR Y PROTECCIÓN a cargo de un 50% a cargo de cada una (sic), fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000)” (Audiencia virtual del 4 de octubre de 2021 Hora 1:20:40).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de PROTECCIÓN S.A. su apoderada pide que se revoque parcialmente la decisión en lo que respecta a la orden de devolución de gastos de administración, pues se trata de comisiones causadas durante la afiliación del demandante, contraprestación de la buena gestión de la entidad. Ordenar su devolución junto con los rendimientos generados -dice- constituye un enriquecimiento sin causa, pues no ha efectuado gestión alguna sobre tales dineros. Sin la gestión de la AFP no existirían los rendimientos, por lo que se deben tener en cuenta las restituciones mutuas que da lugar a que conserve la cuota de administración. Así mismo, se pagaron los seguros previsionales que generaron cobertura a la parte demandante durante su afiliación, por lo que tales dineros no pueden ser recobrados, máxime cuando se encuentran a cargo de una tercera de buena fe. En todo caso, sobre tales valores opera la prescripción por no financiar la prestación pensional del actor (Audiencia virtual del 4 de octubre de 2021 Hora 1:22:19).

En el recurso de PORVENIR S.A. su apoderado pide que se revoque la decisión, por considerar que el accionante se encuentra válidamente afiliado y

está a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, por lo que se encuentra imposibilitado legalmente para su traslado de régimen. Considera que se acreditó la información y legalidad de la afiliación con la AFP COLMENA, sin que para entonces existiera el deber de asesoría o entrega de herramientas financieras para el efecto, como lo ha indicado la Superintendencia Financiera. En cuanto al traslado de cuotas de administración señaló que se descontaron por disposición legal y cumplieron su finalidad de generar los rendimientos financieros y pagar el seguro previsional, sumado a que tales rendimientos fueron trasladados con las cotizaciones de la cuenta de ahorro individual del actor (Audiencia virtual del 4 de octubre de 2021 Hora 1:25:36).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en*

consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)."

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 40 años de edad y había cotizado 178,14 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 2 años, 4 meses y 14 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 64 años de edad – ver archivo 001 folios 34 y 74).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 001 folios 62 y 63.

² *Ibidem*.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *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 este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias*». Además –dice la Corte- (ii) “Si

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas, por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las

ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“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”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Indicó que su traslado en 1995 se dio cuando un asesor llegó a su oficina y le comentó que debía pasarse a dicho fondo pues el *Seguro Social* se iba a acabar y el dinero que tenía allí se iba a perder, pero si se trasladaba no lo perdería. Dice no haber recibido información acerca de la forma en que se calcularía su prestación, y que su posterior traslado a PORVENIR se dio por cuanto le prometieron que le darían información más detallada sobre su historia laboral. Se trasladó a PROTECCIÓN S.A. para poder adelantar el presente trámite judicial al evidenciar el escaso monto que obtendría a título de pensión (Audiencia virtual del 4 de octubre de 2021 Min. 10:02).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia o los posteriores traslados en dicho régimen y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros, a cargo de dicha entidad y de PORVENIR S.A., y la devolución de las sumas descontadas a título de gastos de administración sin que sea posible deducir

suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (sentencia SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para

EXP. 26 2019 00787 01

Juan Eduardo Arango López Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras

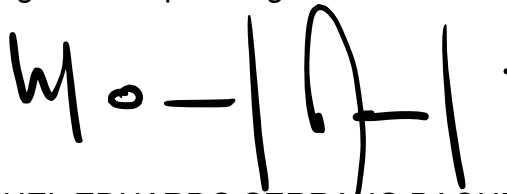
el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.

3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

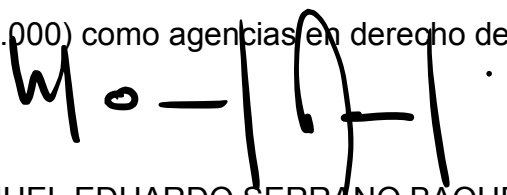
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GLORIA JANNETT QUIÑONES CÁRDENAS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2021 por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLORIA JANNETT QUIÑONES CÁRDENAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en diciembre de 1995, con fundamento en que se efectuó sin la debida información, pues el asesor le indicó que podría obtener un bono pensional sin explicar de qué se trataba, el cual podría utilizar a su antojo cuando quisiera, se pensionaría a cualquier edad, sin indicar los montos y condiciones para ello, sus herederos recibirían la pensión en caso de fallecimiento, sin indicar las modalidades pensionales, y los dineros no disfrutados en la pensión serían parte de su herencia, pero sin explicar en qué modalidad pensional aplicaba esta figura. No se le informó acerca de la forma de calcular la pensión, pues se limitó a señalar que era lo más conveniente para su futuro. La entidad tampoco le informó acerca de la restricción de traslado de régimen cuando tuviera menos de 10 años para alcanzar la edad pensional. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene su retorno a COLPENSIONES y, de forma *secundaria*, se ordene a la AFP el traslado de todas las cotizaciones y rendimientos que reposan en su cuenta de ahorro individual (ver demanda en archivo 01 folios 4 a 22).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la entidad no tuvo ingerencia alguna en la decisión de traslado de la actora, quien se encuentra válidamente afiliada al RAIS según formulario de afiliación suscrito libre y voluntariamente, el cual carece de notas de inconformidad, y sin que obre medio probatorio alguno que acredite dicha situación. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, al no ser beneficiaria del régimen de transición. Así mismo -dice- la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de*

causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria e innominada o genérica (ver contestación en archivo 01 folios 80 a 110).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, previo suministro información amplia y oportuna acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional de la afiliada. Así mismo, las condiciones de afiliación se encuentran definidas en la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, el presunto vicio deriva en nulidad relativa es saneable por ratificación, que se entiende con los más de 24 años de afiliación y sin que se hubiera presentado inconformidad alguna. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación de la actora al sistema. Advierte que la demandante ese encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previo a ello. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos se descontaron por disposición legal y ya cumplieron su cometido legalmente establecido, como lo ha advertido la Superintendencia Financiera, sumado a que sería equivalente a exigir a la compañía de seguros que devuelva el valor de la póliza si no se presenta el riesgo amparado. De ordenarse dicha devolución, habría que descontar los rendimientos generados en virtud de las restituciones mutuas, sumado a que, al no destinarse a financiar la pensión, son susceptibles de prescribir. Advirtió que la acción se

encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 150 a 180).

Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de noviembre de 2021, mediante la cual la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Agregó que, no se encontró confesión alguna en tal sentido en el interrogatorio de parte rendido por la actora. No eran los afiliados quienes debían buscar la asesoría ni se puede entender saneada la afiliación con el paso del tiempo ni con asesorías posteriores.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora GLORIA JANNETT QUIÑONES CÁRDENAS del Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demanda SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de la señora GLORIA JANNETT QUIÑONES CÁRDENAS como aportes, frutos, rendimientos financieros,*

bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliado a la señora GLORIA JANNETT QUIÑONES CÁRDENAS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y a recibir las cotizaciones provenientes de LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR. QUINTO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho. No se condena en costas a COLPENSIONES toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue la AFP PORVENIR” (Audiencia virtual del 9 de noviembre de 2021 – archivo 06 Hora 1:00:05).

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, su apoderado pidió que se revoque la decisión en su totalidad. afirma que para la fecha del traslado no era exigible documental adicional a la allegada al trámite para demostrar la asesoría al momento del traslado, mientras que la trabajadora no cumplió su deber de atender en debida forma sus negocios jurídicos. La decisión de traslado afecta la estabilidad financiera de COLPENSIONES que se buscó proteger con el límite legal para trasladarse de régimen, máxime cuando la misma no hizo parte del negocio jurídico atacado (Audiencia virtual del 9 de noviembre de 2021 – archivo 06 Hora 1:01:53).

En recurso, PORVENIR S.A., a través de su apoderado, también pidió que se revoque la decisión, por considerar que no se acreditaron causales de nulidad o ineficacia, pues se brindó la información clara y necesaria para que la demandante tomara la decisión libre y voluntaria de vinculación, como se evidencia en el formulario de afiliación, requisito *principal* para el traslado, sin

que sea dable pedir una prueba distinta a la exigida para la época. Se presentó una aceptación de las condiciones del RAIS, pues la demandante continuó sus cotizaciones en el tiempo. La inconformidad con la mesada pensional no es causal de ineficacia o nulidad. No hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración, pues no son susceptibles de restitución por tratarse de una obligación de tracto sucesivo y no se acreditó mala fe de la entidad en su administración, así como se dio cobertura por riesgo de fallecimiento. Dichos gastos no hacen parte de la prestación pensional (Audiencia virtual del 9 de noviembre de 2021 – archivo 06 Hora 1:05:55).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas*

que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)."

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 31 años de edad y había cotizado 108,29 semanas¹ y había prestado servicios por 358 semanas al Hospital Fontibón ESE²; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años, 10 meses y 9 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 54 años de edad – ver archivo 01 folios 23 y 59).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

¹ Ver historia válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – archivo 01 folios 212 y 213.

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en Expediente Administrativo – carpeta 02.

³ *Ibidem*.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *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 este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza,*

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede

entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*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*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que su traslado se dio cuando un grupo de asesores fue a su lugar de trabajo en el Hospital de Fontibón y en una reunión grupal en que únicamente les informaron que la Caja de Previsión iba a ser cerrada, por lo que debían trasladarse a una *caja* diferente (Audiencia virtual del 9 de noviembre de 2021 –archivo 15 Min. 16:39).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, “*pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES*” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de

invalidez y sobrevivientes cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia, los valores se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

EXP. 27 2019 00195 01

Gloria Jannett Quiñones Cárdenas Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JUAN MANUEL TORO ROJAS CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 22 de octubre de 2021 por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a las doctoras Claudia Liliana Vela, abogada inscrita a CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., y Oriana Espitia García, quienes se identifican con T.P. 123.148 y 291.494, para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder, el certificado de existencia y representación legal y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JUAN MANUEL TORO ROJAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad e* ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 2 de julio de 1998, con fundamento en que su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., se efectuó sin la debida información sobre las características de cada régimen y las consecuencias de su decisión, la forma de calcular su prestación, el monto o la proyección objetiva de la misma, diferencias entre la indemnización sustitutiva y la devolución de aportes, pues se limitó a indicarle que el ISS se encontraba en problemas económicos y sus aportes se encontrarían en riesgo de permanecer afiliado allí. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación y actualizar su historia laboral, y a la AFP el traslado de la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, *bonos y/o títulos pensionales* (ver demanda en archivo 01 folios 3 a 12).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, previo suministro información amplia y oportuna acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional del afiliado. Las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, el presunto vicio es saneable por ratificación, que se entiende al no haber presentado inconformidad alguna durante el tiempo de la afiliación, sumado a que ha transcurrido un término superior al señalado en el

artículo 1740 del CC, por lo que la acción se encuentra prescrita. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación del actor al sistema. Advierte que el demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previamente. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 109 a 146).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la entidad no tuvo relación alguna en la decisión de traslado del actor, quien se encuentra válidamente afiliado al RAIS, según formulario de afiliación suscrito libre y voluntariamente, el cual carece de notas de inconformidad y sin que obre medio probatorio alguno que acredite dicha situación. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, al no ser beneficiaria del régimen de transición. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación el artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 177 a 212).

Terminó la primera instancia con sentencia de 22 de octubre de 2021, mediante la cual la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá

DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que el demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Tampoco encontró confesión alguna del demandante en ese sentido. Resaltó que la ineficacia es insanable por el transcurso del tiempo.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“DECLARAR la ineficacia del traslado del señor JUAN MANUEL TORO ROJAS del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demanda SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del señor JUAN MANUEL TORO ROJAS como aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliado al señor JUAN MANUEL TORO ROJAS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO (sic): DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y por la AFP PORVENIR. SEXTO (sic): CONDENAR a la*

demandada AFP PORVENIR en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho. No se condena en costas a COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 22 de octubre de 2021 – archivo 10 Min. 40:00).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto la parte actora no probó, como era su deber procesal, los vicios del consentimiento aducidos, sumado a que éstos no se generan al tratarse de un error de derecho y no de hecho (Audiencia virtual del 22 de octubre de 2021 – archivo 10 Min. 41:29).

En recurso, PORVENIR S.A., a través de su apoderada, también pidió que se revoque la decisión, por considerar que no se probó acción alguna por parte de la entidad que atentara contra el derecho de afiliación del actor como lo señala el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y, por el contrario, se permitió su afiliación voluntaria e informada, como lo demuestra el formulario de afiliación debidamente suscrito y allegado, sin que para la fecha se exigiera documental adicional ni se evidenciara inconformidad alguna durante el tiempo de afiliación. Resalta que en interrogatorio de parte se evidenció que el accionante conocía las características del RAIS, las cuales también se encuentran contenidas en la Ley. Así mismo, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger el interés general sobre el particular. No hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración, los cuales se descuentan en ambos regímenes pensionales, y se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien no ha efectuado ningún acto de administración sobre las cotizaciones. En cuanto a las primas del seguro previsional, las mismas fueron pagadas a la aseguradora, quien brindó la cobertura correspondiente durante la afiliación del actor (Audiencia virtual del 22 de octubre de 2021 – archivo 10 Min. 44:14).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto

constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 835,00 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 11 años, 10 meses y 25 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver archivo 01 folios 14 y 73).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según

¹ Ver historia laboral actualizada ante COLPENSIONES – archivo 01 folios 36 a 41 y en expediente administrativo – carpeta 02.

² *Ibídem*.

³ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo*

el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *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 este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa

imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“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”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP PORVENIR S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“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”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí indicó que su traslado se dio en 1998 cuando se rumoraba que el ISS se iba a acabar y su empleador permitió a un asesor de PORVENIR hacer una reunión grupal muy corta en la que reiteró dicha información, pero que la AFP les *mantendría* esas semanas y se podría

pensionar antes, sin indicar características, ventajas y desventajas de cada régimen (Audiencia virtual del 22 de octubre de 2021 –archivo 10 Min. 05:39).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 27 2019 00320 01

Juan Manuel Toro Rojas Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE WILMAR HERNÁNDEZ GARCÍA CONTRA
FATT S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la demandada contra la sentencia dictada por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de junio de 2021. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes y se CONDENÓ a la demandada a pagar indemnización moratoria por no cancelación de prestaciones y salarios al terminar el vínculo y las costas procesales.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, WILMAR HERNÁNDEZ GARCÍA presentó demanda contra la FATT S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó por *despido indirecto*, y se ordene el pago de la *liquidación de prestaciones sociales* debidamente indexada y las indemnizaciones por *perjuicios* de que trata el artículo 64 del CST y *por falta de pago* contenida en el artículo 65 *ibídem*.

Como fundamento de lo pedido, afirma que celebró contrato de trabajo para la *supuesta* realización de una obra o labor determinada con la demandada el 19 de diciembre de 2016, como *auxiliar de mantenimiento* asignado a las tiendas de calzado *Aquiles*, con un salario básico de \$900.000 como contraprestación, más horas extras y auxilio de transporte, para un promedio mensual devengado de \$1.312.457. Desempeñó sus labores de lunes a viernes en horario de 7 a.m. a 5 p.m. y los sábados mediodía. El 27 de marzo de 2018 renunció por los continuos incumplimientos del empleador debido a la no entrega de dotaciones ni elementos de trabajo. Sólo hasta el 28 de julio de 2018 fue citado a recibir el pago de sus prestaciones sociales, fecha en la que se le entregó un cheque que resultó carecer de fondos para su *canje*. Pese a haber puesto en conocimiento de la demandada la referida situación, nunca obtuvo respuesta *de fondo*. el 8 de octubre de 2018 solicitó audiencia de conciliación ante el Ministerio del trabajo, con idénticos pedimentos a los de la presente acción, conforme lo cual se fijó fecha de audiencia para el 19 de noviembre siguiente, a la cual no compareció la convocada pese a haber sido debidamente notificada (folios 32 a 44).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la FATT S.A.S., mediante apoderado. Se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que las partes suscribieron y ejecutaron contrato de trabajo de obra o labor determinada, que es el permitido para las empresas de servicios temporales como la demandada, quien lo asignó en misión a la empresa Q21 S.A.S.- Indicó que la desvinculación del actor fue voluntaria, sin que las razones aducidas en la carta de renuncia correspondan a la realidad, pues en modo alguno se pactó alquiler de herramientas. Señaló que se cancelaron todos los salarios y prestaciones sociales, así como el auxilio de transporte, y se hizo entrega de la dotación. Resaltó que las prestaciones del actor fueron canceladas mediante una de las formas de pago legalmente establecidas, un cheque entregado al actor, sin que a la fecha de la contestación aquel hubiera manifestado inconformidad alguna o devolución del mismo por falta de pago. Sin perjuicio de ello, la sociedad procedió a consignar nuevamente el valor de las prestaciones mediante depósito judicial.

Finalmente, manifestó no haber recibido citación para comparecer ante el Ministerio del Trabajo. Propuso como excepciones de fondo: *falta de causa y de título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción y pago* (folios 65 a 76).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1º de junio de 2021, en la cual el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes y CONDENÓ a la demandada a pagar la indemnización moratoria por no cancelación de prestaciones y salarios al terminar el vínculo y las costas procesales. Para tomar su decisión, el Juez encontró que al no estar plenamente establecida la obra o labor *determinada* a la que hace referencia el contrato de trabajo suscrito por las partes, se debe entender que el vínculo se desarrolló a término indefinido, máxime cuando se incumplió el término de duración para la presunta prestación de servicios en misión a Q21 S.A.S., en tanto el vínculo superó un año de duración. En cuanto a la terminación, no encontró demostradas las causas aducidas en la carta de renuncia del actor. Advirtió que, si bien la demandada dice haber efectuado el pago de las prestaciones sociales adeudadas al finalizar el vínculo, mediante un cheque, no se probó en los extractos bancarios allegados, ni por otros medios, que el mismo haya sido cobrado, y sí confesó en el interrogatorio de parte que dicho pago se consumó con el cobro de un título judicial constituido con posterioridad. Por ello condenó al pago de sanción moratoria desde la diligencia ante al Ministerio del trabajo, en noviembre de 2018.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la empresa FATT S.A.S., como empleador, y el demandante señor WILMAR HERNÁNDEZ GARCÍA, como trabajador, existió un contrato a término indefinido del 19 de diciembre de 2016 a 27 de marzo de 2018, terminado por el trabajador. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FATT S.A.S. a pagar al demandante la cantidad de \$21.174.306 por concepto de la sanción moratoria del artículo 65 del CST. TERCERO: DECLARAR probada la excepción de pago de la liquidación final de*

prestaciones sociales por valor de \$1.392.057 y no probadas las demás excepciones propuestas. CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.500.000, a favor de la parte demandante” (Audiencia virtual del 1º de junio de 2021 Hora 1:11:15).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandada manifestó que en el expediente está demostrado que el contrato suscrito entre las partes es de *obra o labor contratada* y no a término indefinido, como se declaró, pues consta por escrito y se *suscribió con* la empresa usuaria Q21 S.A.S. quien sería la llamada a responder en caso de desbordar el límite temporal dispuesto este tipo de vínculos, sin que se hubiera integrado el *litisconsorcio necesario*. Sin perjuicio de ello, afirma que se demostró el pago de la liquidación del contrato mediante cheque, título valor de *amplia circulación comercial*, que fue recibido de conformidad y sin que se informara acerca de la carencia de fondos o se hiciera su devolución a la fecha, lo que demuestra mala fe en el extrabajador, y la eventual omisión en el pago recae sobre este último, quien podía incluso transferirlo para su cobro por un tercero. En el mismo sentido, considera que no hay lugar a condenar en costas, por estar probada la buena fe del empleador (Audiencia virtual del 1º de junio de 2021 Min. 50:41)¹.

¹ “Primero, me permito interponer el recurso de apelación contra la decisión por los siguientes argumentos, falta de congruencia de la sentencia, por las siguientes razones y, y para que sea revocada la indemnización moratoria, la indem... la sanción de costas por los siguientes argumentos: En la parte considerativa del juzgado declara la existencia de un con, de un contrato a término indefinido, está plenamente demostrado en el expediente que se firmó un contrato de naturaleza de la obra o labor contratada; está plenamente demostrado que la empresa Fatt suscribió dicho contrato del, de obra o labor contratada con la empresa Q21, es decir la usuaria, usuaria. El juzgador de instancia desconoce por completo la naturaleza de las empresas de servicio temporal, las empresas de servicio temporal están regidas por el artículo 77, el artículo 57 de la ley 50 de 1990; si observamos las empresas de servicios temporales son empresas creadas por el estado y reglamentadas por el Ministerio de Trabajo, el contrato al que hace alusión el juzgador de instancia está aprobado y reglamentado por el Ministerio de Trabajo. Es decir que, si el juzgador de instancia hubiera observado detenidamente la naturaleza de la empresa de servicios temporales y que la, y la parte actora omitió, debía haber declarado la existencia con la empresa usuaria y ¿Cuál era la empresa usuaria? Q21, la cual dentro del proceso no se integró ningún litisconsorcio necesario con la misma, por lo tanto, por lo tanto, la creación de un contrato de naturaleza indefinida desborda todos los límites de la jurisprudencia y de la ley ¿En qué sentido? Si observamos los artículos que les, le determinaron al juzgador de instancia a hacer análisis que eso no es un contrato de obra debió analizar que quien contrato a la empresa de servicios temporales era Q21,

Q21 era a quien le debían declarar la existencia del vínculo laboral porque según eso la no, desbordo la temporalidad, desbordo la naturaleza de la contratación y desbordo los límites de la ley 50 del 90 en cumplimiento de los artículo 57, 57 y 67, que el juzgador toma para su parte considerativa, es decir que al declarar la existencia del contrato con la temporal desbordan la naturaleza de la contratación de las empresas de servicios temporales. Aunado a lo anterior el juzgador de instancia no da por demostrado, siendo evidente que el actor dirigió su carta de renuncia, como obra el expediente, y fue entregada a industrias Aquiles, argumentando que el adquiriere de la herramienta era ac... a industrias Aquiles, ¿A quién le renuncio? no está dentro del proceso. Está plenamente demostrado que el demandado confeso, aceptó y firmo el cheque 83668-4 por el valor 1'392.057, recibido y firmado con, por el actor conforme aparece en el expediente; está plenamente demostrado que en la liquidación de prestaciones sociales firmada por el actor dejo constancia de aceptación que dice: 'Al acep... aceptar la presente liquidación hago constar que Fatt S.A.S. queda a paz y salvo por concepto de prestaciones sociales ya que todos los derechos me han sido reconocidos legalmente de acuerdo a las disposiciones legales' y como consecuencia firmo el 28 de julio del 2018. Está plenamente demostrado que el cheque recibido por el actor es un título valor, y los títulos valores tienen amplia circulación en la ley comercial, es decir que no se le puede atribuir mala fe al empleador cuando la conducta omisiva del trabajador conduce a la no entrega del mencionado cheque para que la empresa le pagara ¿Cómo pretende el juzgador desconocer la mala fe? Yo creo la culpa, yo mismo no entrego el cheque, yo mismo no voy a la empresa a decir: mire señores este cheque no es, me salió sin fondos, ¿Dónde está en el plenario probado que esa conducta la realizo el trabajador?, solo la versión de los hechos, los testigos que trajo el, el trabajador no demostraron, pero si se demostró por parte de la testimonial de, de Maryory Marín ¿? y, y la señora Avilés que dicho trabajador nunca fue a que le entregaran, a entregar el cheque y que le entregaran los dineros de su liquidación; tal es así como se pretende que eso sea mala fe, desbordando la misma interpretación que le sirvió al juzgador de instancia que la sanción moratoria consagrada en el artículo 65, es eminentemente sancionatoria. Como se puede sancionar a Fatt S.A.S. con la indemnización moratoria si el examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos la buena o la mala fe que guiaron la conducta del trabajador o del patrono, es que acá la conducta asumida por el trabajador es de mala fe y por tal hecho el juzgador de instancia no puede pretender justificar una moratoria a todas luces abierta y contrario a este principio de la buena fe. La buena fe está demostrada, la mala fe no está demostrada dentro del presente plenario; lo anterior significa que como tiempo atrás se ha venido sosteniendo la aplicación de la indemnización moratoria para cualquiera de los dos eventos que ocupa la atención a... no es automática ni inexorable y por ende cada asunto debe juzgarse. Es decir, esa conducta omisiva del trabajador debió haberla apreciado el juzgador de instancia para llevar a esa condena de moratoria, conlleva ubicar el, el actuar obligado en el terreno de la buena fe, es ahí donde debía el juzgador de instancia no proceder a la sanción prevista en los preceptos legales referidos. Bajo esta orbita se tiene que al examinar dicha conducta del trabajador frente a la empresa y encontrar las circunstancias que llevo la no entrega del cheque conduciría a determinar que esta conducta no es contraria al derecho, es una conducta omisiva por el trabajador que conduce a la buena fe. Analizado lo anterior por eso no podría haberse condenado a dicha sanción en forma autonómica e inexorable, es decir que el patrono si obro a la luz de la buena fe, ¿Por qué hizo dos pagos? y ¿Por qué no ha devuelto el cheque? si es un título valor que tiene circulación en el mercado del derecho civil, el señor va y lo, lo transfiere a otra persona, y lo firma, y lo cobraron y ¿Eso es buena fe del actuar del trabajador? Por eso Honorables Magistrados conduce que la imposición debe siempre ser estudiada, que la conducta de Fatt S.A.S. no es cierta y por eso digo yo, que no hay, no es cierta porque obro de buena fe y en la mala fe del trabajador, que no se puede premiar, porque yo no puedo crear mi propia culpa para sancionar una indemnización. Aunado a lo anterior sobra advertir que el juzgador de instancia condena en costas cuando su conducta está plenamente demostrada de buena fe del empleador y la aplico en forma automática, es decir que sin ningún esfuerzo llevaría a los Honorables Magistrados a deducir que la imposición de la condena por parte del juzgador de instancia está en contravía de las pautas que ha señalado la jurisprudencia tratándose de una aplicación, una sanción como la moratoria. Ya en muchas sentencias de la Corte se ha dicho sobre este aspecto, ese proceder no es de mala fe, es por eso y que debe también los Honorables Magistrados mirar detenidamente la congruencia de la sentencia, aquí si se observó, existe un contrato de obra o labor, está firmado, nunca fue tachado en falso, está plenamente aceptado. ¡Ojo! La actuación de... el juzgador de instancia, mire con quien lo firmo, con Q21, está plenamente probado que la usuaria era Q21 y las empresas temporales no contratan directamente como declaro el juzgador de instancia porque la empresa de

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo por *obra o labor determinada* para el cargo de *auxiliar de mantenimiento*, el 19 de diciembre de 2016, el cual culminó por renuncia voluntaria del trabajador el 27 de marzo de 2018; (ii) que el 28 de julio de 2018 la demandada entregó cheque No. 83668-4 del banco Davivienda por valor de \$1.392.057, correspondiente al monto de la liquidación del contrato de trabajo, cuyo cobro no se hizo efectivo; y (iii) que el 1 de agosto de 2019 la demandada sometió a reparto un depósito judicial por la referida suma, el cual fue asignado al Juzgado 11 Municipal de Pequeñas Causas Laborales, conforme a lo cual el actor recibió el pago correspondiente (folios 3 a 7, 11, 12, 16, 77 a 82 y 86 a 90).

En consonancia con las condenas impuestas en primera instancia el Tribunal debe definir la modalidad contractual que ejecutaron las partes, y si se causaron o no los pagos impuestos en primera instancia a sanción moratoria y las costas del proceso. En aplicación del principio de congruencia², no hay

servicios temporales según la resolución del Ministerio del Trabajo es para contratar trabajadores en misión, ellos contratan directamente y este fue un trabajador que solicitó Q21 para declarar arreglar, es decir que quien debía declarar la existencia de dicho contrato era con Q21 y las consecuencias serían para Q21 y que dentro del proceso no se demandó a Q21; falencia que demuestra claramente que no existe congruencia en la sentencia, en los anteriores términos dejó sustentado el recurso para que los Honorables Magistrados revoken la sentencia y absuelvan en su totalidad a la empresa Fatt S.A.S.”.

² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2808-2018 Radicación No. 69550, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “Principio de congruencia (...).

Conforme dicho principio, los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador. Luego el sentenciador, debe obrar dentro del marco trazado por las partes en conflicto.

Es así que esta Sala de la Corte, de antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de la causa petendi invocada por el promotor del proceso.

Si es el fallador de segundo grado quien desborda ese estricto límite y resuelve ex novo -sobre pretensiones que no fueron debatidas en las instancias-, también incurriría en un quebranto de dicho principio y si la transgresión a tal institución es determinante y afecta el derecho de defensa de una de las partes involucradas en el proceso, tal decisión será susceptible de cuestionamiento en el recurso extraordinario de casación, porque a través de la violación medio de la disposición procesal referida, se

lugar a pronunciarse acerca del presunto vínculo laboral entre el actor y la sociedad Q21 S.A.S., ni sobre la integración de esta última como litisconsorte necesaria, pues ninguna de las pretensiones de la demanda se encuentra encaminada en ese sentido (folios 32 a 44), ni tal asunto fue planteado por la demandada al formular los medios exceptivos (folios 65 a 76). Sumado a ello, los medios probatorios obrantes en el expediente y recibidos en audiencia, tampoco dan cuenta de que dicha persona jurídica u otra, distinta a la demandada, haya fungido como un verdadero empleador.

i) MODALIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO. Sobre la primera materia propuesta como objeto de la apelación, los artículos 37 y 38 del CST indican que el contrato de trabajo no requiere formalidad alguna para su validez y se puede celebrar de forma escrita o verbal, y el artículo 45 *ibídem*, refiere que el contrato podrá “*celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional accidental o transitorio*”.

Por este requerimiento normativo, para que el contrato de trabajo de duración definida por obra o labor determinada pueda operar válidamente debe existir como requisito previo e ineludible una obra o una labor de realización temporal **definida** a la cual se vinculará el trabajador y que será la materia o causa del contrato de trabajo, la cual debe estar claramente anunciada en el texto del contrato de trabajo. Si no existe dicha obra, o si se excede la duración que legalmente se autoriza para esta excepcional forma de vinculación laboral, pierde vigencia la modalidad contractual de *duración definida* por obra o labor contratada (por objeto y por causa ilícitos) y se debe entender la existencia de un contrato de duración *indefinida* que tendrá vigencia mientras subsistan las causas y la materia que le dieron origen (artículo 47 del CST).

reconoce un derecho sustancial, mediante el quebranto de los presupuestos constitucionales y legales del debido proceso (SL911-2016)”.

Con este fundamento normativo y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto se declaró que entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo con tiempo de duración o término indefinido, pues si bien denominaron formalmente como de duración definida a la relación, no dispusieron referencias concretas a una obra determinada. Solo advirtieron que duraría el tiempo *“necesario para cubrir los aumentos de ventas, sin exceder los límites legales”* como trabajador en misión temporal para la empresa usuaria “Q21 S.A.S” (folios 3 a 7 y 77 a 81), sin demostrar la existencia de un contrato de suministro de personal *en misión* que se hubiera pactado entre ésta y la demandada, menos aun se demostró que hubiera existido tal vínculo entre el trabajador y dicha sociedad. Nótese que pese a referir tal documento que el actor fue contratado por un *aumento temporal de las ventas*, ello no guarda relación con el cargo de “AUXILIAR DE MANTENIMIENTO” para el que fue vinculado.

Pero de todas formas, aún si el demandante se pudiera entender vinculado como un trabajador en misión para la referida sociedad Q21 S.A.S., lo cierto es que tal modalidad contractual no tendría validez material pues habría excedido con creces el término máximo de duración que permite la Ley.

El artículo 77 de la Ley 50 de 1990 permite esta modalidad para atender incrementos temporales de la actividad empresarial de la usuaria, ocasionados por aumentos *“en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más”*, plazo que habría culminado el 19 de diciembre de 2017, pues el contrato se celebró el 19 de diciembre de 2016. El vínculo se mantuvo hasta el 27 de marzo de 2018 –fecha de renuncia del trabajador- (folio 12).

Aunado a lo anterior, obra certificación del 9 de abril de 2018, expedida por la coordinadora de nómina de FATT S.A.S., en la que se indica que la demandante laboró para dicha sociedad en el cargo de *auxiliar de mantenimiento* (folios 11 y 86), sin que allí se indique si se trataba de un

vínculo temporal, permanente, o de un trabajador en misión que prestase sus servicios en dicha modalidad.

ii) SANCIÓN MORATORIA. Para resolver sobre el pago de sanción moratoria, el artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y prestaciones causados en favor de sus trabajadores. Si bien dicha sanción no opera de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador *puede* estar revestida de buena fe, dicha situación solo se podría derivar del entendimiento plausible del empleador, es decir, con razones válidas, de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que hiciesen imposible el pago de sus obligaciones (caso fortuito o fuerza mayor).

Ninguna de estas circunstancias se demostró en el expediente.

Refiere la pasiva que efectuó el pago de las prestaciones y salarios adeudados al actor mediante la entrega del cheque No. 83668-4 del Banco Davivienda por valor de \$1.392.057, correspondiente a la totalidad de las acreencias adeudadas (folios 15, 16, 82, 87 y 88).

Si bien el cheque puede estimarse como un medio de pago de obligaciones dinerarias, lo cierto es que el artículo 882 del Código de Comercio dispone claramente que la solución de las obligaciones que así se pretendan pagar estará sometida a una *condición resolutoria* del pago, cuando este sea rechazado.

Sobre esto último obra la declaración del testigo WILLIAM SILVA VELASCO³ —excompañero de trabajo del actor- quien afirmó haber acompañado al demandante a cobrar el cheque mediante el cual la demandada pretendió el pago de los salarios y prestaciones adeudados y fue devuelto por el banco debido a la insuficiencia de fondos. Ello se acompasa con lo manifestado por

³ Audiencia virtual del 21 de mayo de 2021 Min. 58:52.

las testigos MARYORY MARÍN VARGAS⁴ y DORA LEILA AVILÉS SILVA⁵ - encargadas de las áreas de nómina y tesorería de la demandada, respectivamente- en cuanto afirmaron que para la época de entrega del título valor al actor se presentaron dificultades en la empresa, incluido un embargo de la cuenta corriente en la que se encontraban los fondos del cheque emitido, al punto que los afectados debieron reclamar el pago, situación que procuraron resolver de manera inmediata pero que, en el caso del actor, solo hasta el 1 de agosto de 2019 se consignó un título judicial por las sumas adeudadas.

Como es responsabilidad del librador garantizar la provisión de fondos suficientes para el pago del título valor a su presentación ante la entidad bancaria, resulta imposible deducir *buena fe* por el simple giro del título, cuando los extractos bancarios allegados al plenario para los meses de julio a diciembre de 2018 dan cuenta de que no se mantuvieron fondos suficientes para cubrir el monto del cheque que se había girado en favor del demandante para el pago de sus derechos laborales (folios 91 a 106).

iii) COSTAS. Se confirmará también la condena en costas de primera instancia que ordenó la sentencia apelada, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, como ocurrió en el presente caso con la parte demandada.

Por el resultado del recuso, las costas de segunda instancia corren también a cargo de la demandada.

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

⁴ Audiencia virtual del 21 de mayo de 2021 Hora 1:13:56.

⁵ Audiencia virtual del 1 de junio de 2021 Min. 02:36.

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

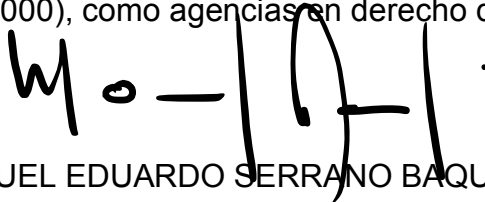
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GINA MILENA VILLAMARÍN GARCÍA CONTRA
CONSTRUCCIONES ACÚSTICAS S.A.S.**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Una (31) Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de julio de 2021. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y CONSTRUCCIONES ACÚSTICAS S.A.S. entre el 9 de septiembre de 2008 y el 15 de septiembre de 2020, se ABSOLVIÓ a esta última de todas las pretensiones incoadas, y se condenó en costas a la parte actora.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GINA MILENA VILLAMARÍN GARCÍA presentó demanda contra CONSTRUCCIONES ACÚSTICAS S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 6 de septiembre de 2008 al 15 de septiembre de 2020, con asignación salarial mensual de \$4.042.500, el cual terminó la trabajadora por justa causa imputable al empleador. En consecuencia, pide que se condene al pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST en cuantía de \$33.754.875, debidamente indexada al momento del pago.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el *25 de septiembre de 2008* se vinculó con CONSTRUCCIONES ACÚSTICAS S.A.S., mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido para desempeñar el cargo de *arquitecta* en la ciudad de Bogotá, con fecha de inicio de labores del 6 de septiembre previo. El horario de trabajo fue de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y sábados de 8:00 a.m. a 12:00 m. El salario devengado fue de \$4.042.500. Entre enero y noviembre de 2019 y de febrero a septiembre de 2020 la empresa pagó de manera tardía el salario de la actora, incluido el adeudado a la terminación del contrato, con tiempos de mora entre 4 y 31 días, como se evidencia en sus extractos bancarios. El 9 de septiembre de 2020 remitió petición a la empresa para el pago del salario de agosto y la prima de dicha anualidad, de lo cual no recibió respuesta. El 11 de septiembre siguiente entregó carta de renuncia *por acusa imputable al empleador* a la directora del departamento de arquitectura de la demandada, la cual también remitió al área Administrativa y de Gestión Humana el 14 de septiembre de 2020. Culminó su vínculo laboral el 15 de septiembre de dicha anualidad, fecha en la que mediante informe entregó los elementos de trabajo y el estado de las obras a su cargo. Sólo hasta el 16 de octubre de 2020 recibió el pago de lo que, considera, es la liquidación de prestaciones y vacaciones adeudadas, pues a la fecha no ha recibido dicha liquidación para verificar los valores correspondientes. El 21 de octubre de 2020 solicitó el *soporte de los factores que le fueron liquidados*, sin obtener respuesta alguna (archivos 001 y 007).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, CONSTRUCCIONES ACÚSTICAS S.A.S. no presentó contestación dentro del término legal, por lo que se tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 10 de marzo de 2021 (archivo 014).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de julio de 2021, en la cual la Juez Treinta y Una (31) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ las condenas reclamadas. Para tomar su decisión, la Juez encontró probada la existencia del vínculo conforme al contrato de trabajo y los otrosíes allegados, así como

la carta de renuncia suscrita por la demandante. En cuanto al motivo de terminación aducido por la trabajadora, consideró que si bien se evidenciaron retrasos en el pago de los salarios de la demandante, en lo que atañe al año 2020, los mismos son atribuibles a una situación de fuerza mayor a causa del *Covid-19* que generó graves problemas financieros, como lo certificó el revisor fiscal de la demandada, y se evidenció del testimonio de Fanny Marlene Aragón Muñoz y de las constancias de suspensión de, al menos, 2 contratos de obra de la compañía.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre CONSTRUCCIONES ACÚSTICAS S.A.S. en calidad de empleador y, GINA MILENA VILLAMARÍN GARCÍA en calidad de trabajadora. Por el periodo comprendido entre el nueve (9) de septiembre del año dos mil ocho (2008), al quince (15) de septiembre del año dos mil veinte (2020). ABSOLVER de la totalidad pretensiones incoadas por la demandante a la demandada CONSTRUCCIONES ACÚSTICAS S.A.S. CONDENAR a la demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de cien mil pesos (\$100.000). Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a las pretensiones de la trabajadora demandante, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada”* (Audiencia virtual del 19 de julio de 2021 – archivo 024 Min. 27:14).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante manifiesta que se presentó una indebida valoración probatoria, pues el testimonio de la señora *Fanny* y las certificaciones del revisor fiscal de la demandada resultan insuficientes para demostrar la situación de fuerza mayor debido al *Covid-19* que habría atravesado la empresa, máxime cuando el incumplimiento en los pagos se presenta desde el año 2019. Conforme a ello, la mera manifestación del revisor fiscal sobre los problemas de liquidez de la pasiva debía encontrar respaldo en documentos que den cuenta de los presuntos préstamos solicitados *a/*

gobierno, lo cual no ocurrió. Resaltó que las suspensiones de contratos de obras a cargo de la demandada no superaron los 18 y 19 días, máxime cuando el sector de la construcción fue uno de los primeros en reactivarse en el periodo de pandemia. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia y, en su lugar, se condene a la demandada al pago de indemnización por *despido indirecto* de la trabajadora (Audiencia virtual del 19 de julio de 2021 - archivo 024 Min. 28:03)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala, por estar contenidos en la sentencia y no haber sido apelados: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de septiembre de 2008 y el 15 de septiembre de 2020

¹ “Muchas gracias, muy formal. En este estado de la diligencia interpongo recurso de apelación a efecto de que el mismo se surta ante el Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, a efecto de que se revoque la sentencia proferida en la presente audiencia. Ello en razón a que se le hizo decir a las pruebas lo que no dicen, este es un concepto que maneja la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ello si nos atenemos a lo que determino la señora juez como causa motivo de la demora argumentando circunstancia del artículo sesenta y cuatro (64) del código sustantivo del trabajo como son fuerza mayor y caso fortuito. Dentro del presente proceso los documentos valorados por la señora juez se valoraron de forma indebida, en razón a que si vemos las suspensiones de obra que aparecen, son suspensiones de dieciocho (18) y diecinueve (19) días circunstancia por la que en el sector de la construcción es evidente que a pesar del Covid fue uno de los sectores económicos que se reactivó por ello no ha había un motivo a pesar de la pandemia que permitiera establecer de que justificados en la misma podía darse el incumplimiento respecto a sus obligaciones contractuales o salariales. Tenemos que en el presente caso se le dio un valor importante al testimonio de la señora Fanny, pero debía confirmarse la tacha. Ello en razón a que la señora marco su testimonio en el incumplimiento por razones del Covid 19, pero de haberse valorado en debida forma los medio documentales sobrantes en el proceso y es más, de haberse honrado el principio de comunidad de la prueba, de la prueba se hubiera determinado que en verdad hay un lugar a que se les condene por indemnización, ¿por qué? Porque resulta que al mirar los documentos que fueron valorados que corresponde a certificaciones que, como bien lo dijo la señora juez, no fueron tachados ni rebatidos de falso por la parte aquí demandada, observamos que el incumplimiento no viene desde el años dos mil veinte (2020) sino que viene desde enero de dos mil diecinueve (2019), entonces si existiera en verdad una razón de incumplimiento, resulta que la simple certificación de revisor fiscal no era suficiente para acreditarlo ¿por qué? Porque resulta que si en verdad hubo créditos o había una circunstancia que no permitiera que la empresa pagara lo que correspondía al salario de sus trabajadores, ese simple medio de prueba no era suficiente para acreditar que en verdad eh... habían solicitado créditos. Dentro del presente proceso no hay una... un documento que permita acreditar que existieron créditos, no hay documento que permita acreditar que en verdad se solicitaron créditos al gobierno para el pago de nómina. Por lo anterior y teniendo en cuenta lo... lo... lo anteriormente sustentado, solicito a los señores magistrados se revoque la sentencia aquí proferida y se condene en costa a la parte demanda por cuanto, como lo itere anteriormente, se encuentra demostrado que existió un despido indirecto por causa imputable a el empleador. En este sentido sustento el recurso de apelación, señora juez, gracias”.

(archivo 003 folios 7 a 15 y 53 a 59 y archivo 015 folios 22 y 30 a 33); (ii) que el vínculo terminó por decisión unilateral de la demandante, de conformidad con las razones aducidas en la carta de renuncia (archivo 003 folios 50 a 52); y (iii) que la empresa pagó de manera tardía los salarios de la demandante de enero a noviembre de 2019 y de febrero a agosto de 2020, con tiempos de mora de 4 a 30 días (archivo 003 folios 26 a 47).

La controversia que puede estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir: (i) si hay lugar o no al pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST por renuncia justificada del trabajador o *despido indirecto*, y (ii) si hay lugar a la indexación.

(i) DESPIDO INDIRECTO. Los artículos 62 y 63 del CST contemplan taxativamente los hechos que constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo y asignan tanto al empleador como al trabajador la facultad de alegar su ocurrencia para resolver el contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida. Cuando es el trabajador el que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina *despido indirecto* y procede el pago de la indemnización correspondiente.

A la luz de lo previsto por el artículo 167 del CGP, para que se pueda dictar condena por este concepto se debe demostrar que las conductas aducidas ocurrieron y ellas que ellas constituyen un incumplimiento a las obligaciones que el contrato de trabajo impone al empleador (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL 18344 del 24 de agosto de 2016). Así mismo, tales causales deben haber sido invocadas en su oportunidad para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL417 del 27 de enero de 2021 Rad. 71672).

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia, pues se encuentra demostrada la

ocurrencia de conducta aducida por la demandante en la carta de renuncia motivada, sin que la justificación aducida por la pasiva sea un eximente de responsabilidad.

Sobre esta materia, la carta de *terminación del contrato de trabajo por causa imputable al empleador*, aduce su motivación en los *repetidos incumplimientos* de las obligaciones del empleador contenidas en “*el artículo 57, numeral 4 y el artículo 62, Literal B, numerales 6 y 8*” del CST (archivo 003 folio 50). Normas que refieren a la obligación especial del empleador de pagar la remuneración pactada “*en las condiciones, períodos y lugares convenidos*” y en la justa causa para terminar el contrato por parte del trabajador ante el “*incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales*” y la violación grave por parte de éste de las obligaciones o prohibiciones contenidas en los artículos 57 y 59 del CST o “*cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos de trabajo o reglamentos*”.

Se encuentra demostrado en el trámite que la empresa pagó de manera tardía los salarios de la demandante de enero a noviembre de 2019 y de febrero a agosto de 2020, con tiempos de mora de hasta 30 días, como se evidencia en los extractos bancarios de la demandante (archivo 003 folios 26 a 47).

Dicha situación fue reiteradamente puesta en conocimiento del empleador en vigencia del vínculo, como lo señaló la testigo FANNY MARLENY ARAGÓN MUÑOZ (Audiencia virtual del 23 de junio de 2021 – archivo 022 Min. 6:38), directora del departamento de arquitectura en el que trabajaba la demandante, quien resaltó que, en todo caso, la empresa siempre fue muy cumplida en los pagos de anualidades previas, pero que en el último año presentó problemas de *flujo de caja*. Adicionalmente, el incumplimiento fue objeto de confesión por parte del representante legal de la demandada en interrogatorio de parte (Audiencia virtual del 23 de junio de 2021 – archivo 022 Min. 27:52), quien adujo que dicha situación se debió a problemas de liquidez de la empresa en 2019 y la *pandemia* acaecida en 2020, lo que llevó a pedir préstamos

bancarios e hipotecar la mayoría de sus bienes. Como soporte de estas últimas afirmaciones, obran certificaciones expedidas por el Revisor Fiscal de la sociedad (archivo 015 folios 17 y 18).

Al respecto, se debe advertir que, contrario a lo considerado por la Juez de primera instancia, las razones aducidas por la encartada resultan insuficientes para considerar que el referido incumplimiento se encuentra justificado o que la empresa actuó de buena fe. Si bien es un hecho de público conocimiento la situación generada por las medidas de la emergencia nacional de índole económica, social y ecológica generada a raíz del *Covid-19* (Decreto 637 del 6 de mayo de 2020), lo cierto es que se evidencia un incumplimiento sistemático en el pago de salarios *“en las condiciones, períodos y lugares convenidos”* desde enero a noviembre de 2019 que no encontraría justificación en la *pandemia*. Como lo señala el artículo 28 del CST, el trabajador puede participar de los beneficios o utilidades del empleador, no así de *“sus riesgos o pérdidas”*, por lo que, como lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un caso de semejantes contornos, *“no resulta de recibo que se arguya que las dificultades económicas que afectan al empresario puedan restarle la condición de gravedad de este incumplimiento, en tanto la misma se califica desde la perspectiva del trabajador y no del patrono”*. En un tema tan sensible como el pago de salarios, de los cuales se depende el trabajador para su subsistencia, sería ilógico que éste *“no pueda terminar el contrato unilateralmente y si lo hace no pueda reclamar la indemnización de perjuicios correspondiente, cuando es claro que la responsabilidad en la ruptura del nexo no proviene de él sino de su contraparte”* (Sentencia Rad.- 36182 del 27 de febrero de 2013).

Lo anterior, ha resaltado la Corte, cobra mayor relevancia al contrastarlo con lo dispuesto en los artículos 466 del CST y 67 de la Ley 50 de 1990, que refieren a la posibilidad de la empresa de clausurar labores o de efectuar despidos colectivos justificados, respectivamente, sólo con permiso del Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, *“sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar”*, por lo que *“si dichas dificultades*

económicas no son fuente lícita para despedir a un trabajador, la consecuencia para el empleador es el pago de la indemnización correspondiente, lo que correlativamente implica que cuando el trabajador renuncia por el no pago de salarios y prestaciones que comporta el reiterado incumplimiento del empleador de sus obligaciones especiales, éste no puede alegar las dificultades económicas suyas para exonerarse de la indemnización derivada del despido indirecto, como se conoce tal situación” (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 36298 del 2 de julio de 2009).

En ese orden, hay lugar al pago de la indemnización reclamada según lo dispuesto en el artículo 64 del CST, para lo cual se tendrá en cuenta que el último salario devengado promedio correspondió a \$4.042.500, como se evidencia en la *liquidación definitiva* del contrato de trabajo (archivo 015 folio 22):

Primer año	09/09/2008	08/09/2009	30 días
Segundo año	09/09/2009	09/09/2020	220 días
Fracción último año	09/09/2020	15/09/2020	15,66 días
Total días			0,33 días
Salario diario			\$134.750
TOTAL			\$33.732.416,67

(ii) INDEXACIÓN. Ante este panorama, se abre paso entonces a la indexación de la indemnización adeudada al momento del pago², de acuerdo con la siguiente fórmula³:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL3028 Rad. 40813 del 1 de febrero de 2017.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL1628 Rad. 44057 del 16 de mayo de 2018.

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha en que se realice el pago.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha de terminación del vínculo.

Por el resultado del recurso las COSTAS de primera instancia corren a cargo de la demandada. Sin costas en la apelación, dada la prosperidad del recurso.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **CONDENAR** a la sociedad demandada al pago de la indemnización por *despido indirecto* de que trata el artículo 64 del CST, en cuantía de **\$33.732.416,67**, la cual deberá ser indexada al momento del pago, de conformidad a lo señalado en la parte motiva.
3. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE CÉSAR ARMANDO CORCHUELO
SARMIENTO CONTRA CABLE NOTICIAS TV S.A.S.**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de julio de 2021. En ella, DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y CABLE NOTICIAS TV S.A.S., CONDENÓ a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y por no pago de acreencias al terminar el vínculo, y costas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CÉSAR ARMANDO CORCHUELO SARMIENTO presentó demanda contra CABLE NOTICIAS TV S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un *contrato realidad* y, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar primas de servicios, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, la compensación en dinero de las vacaciones y las indemnizaciones por despido injustificado y moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo. Como fundamento de lo

pedido afirma que fue vinculado desde el 5 de mayo de 2012 para el cargo de *camarógrafo de reportería y de estudio* mediante un contrato de prestación de servicios por CABLE NOTICIAS TV S.A.S., contrato que debía firmar anualmente y del que no recibió copia, la relación estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2018, fecha en la que fue despedido sin justa causa. El servicio fue prestado bajo continuada subordinación y dependencia, en horario de domingo a domingo de 2 p.m. a 10 p.m. por una contraprestación constante de \$75.000 diarios para un total mensual de \$1.950.000. No le fueron consignadas las cesantías a un fondo, y se vio obligado a afiliarse a seguridad social como independiente y a abrir una cuenta en Bancolombia para el pago del *salario* (carpeta 01 archivo 01 folios 69 a 76).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por CABLE NOTICIAS TV S.A.S. mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que, si existieron varios vínculos de índole comercial con el demandante cuyo desarrollo no se ajusta a los presupuestos de un *contrato de trabajo realidad*. Agregó que la fecha de inicio del vínculo contractual fue el 5 de julio de 2012 y los servicios se prestaron de manera esporádica, según disponibilidad y deseo del actor, quien podía negarse a asistir sin ningún tipo de consecuencia al ser independientes o *freelance*, no tenía horario, exclusividad ni subordinación, pues se encaminaban a solventar necesidades específicas de la empresa por *sobreproducción* o para *reemplazos de personal* que sí estaba vinculado mediante contrato de trabajo. Indica que si bien la demandada proporcionaba los equipos y elementos para la labor por su alto costo –cámaras, trípode, entre otros-, no existió subordinación económica (pues el actor tenía otras fuentes de ingreso) ni jurídica (pues no había imposición de órdenes, directrices ni horarios), por lo que no se configura la pretendida relación laboral. Se efectuó coordinación horaria para la realización de una labor conjunta (con presentador, equipo técnico y demás), pero no se exigía cumplimiento de horario, teniendo que los registros de ingresos y egresos de personal corresponden a medidas de seguridad del *Canal*. El contrato culminó por expiración del plazo pactado, lo que corresponde a una causal objetiva de terminación, válida incluso para

contratos de trabajo a término fijo. La contraprestación no corresponde a lo señalado en la demanda, pues se pactó una suma global máxima por mes, pero únicamente se reconocerían los días en que efectivamente prestó servicios, a razón de \$70.000 por día de 2012 a 2014 y \$75.000 a partir de 2015 y hasta 2018. Resalta que el demandante también prestaba servicios independientes para ACIPA y para su propia empresa, CACTV, identificándose en redes sociales (*Facebook* y *Linked*) como “*Camarógrafo independiente / Freelance*”. Durante su vinculación presentó periódicamente constancia de pago de cotizaciones a seguridad social y cuentas de cobro. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de relación o contrato laboral entre Cable Noticias TV S.A.S. y el señor César Armando Corchuelo Sarmiento / Inexistencia de contrato real, existencia de contrato de prestación de servicios finalizado por causal objetiva de expiración del plazo pactado, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir / cobro de lo no debido, prescripción, compensación y pago, buena fe de Cable Noticias TV S.A.S. y genérica* (carpeta 01 archivo 01 folios 147 a 245).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de julio de 2021, en la cual la Juez Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y CABLE NOTICIAS TV S.A.S., CONDENÓ a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y por no pago de acreencias al terminar el vínculo, y costas.

Para tomar su decisión, la Juez encontró acreditada la prestación personal del servicio y, contrario a demostrarse la independencia de la labor, evidenció que el accionante debía cumplir órdenes y directrices de la demandada, lo que configura la existencia del vínculo laboral. Al hallar probada la última fecha de pago consideró que el vínculo se enmarcó en los extremos señalados en la demanda. Calculó el salario promedio devengado el último año, conforme al cual determinó la totalidad de las acreencias adeudadas. Declaró prescritas las primas e intereses sobre las cesantías con excepción de las *causadas* y

exigibles en los 3 años previos a la terminación del vínculo -4 años en el caso de las vacaciones-. Igual destino tuvo la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo. No encontró probada buena fe de la demandada que justificara la mora en el pago de las prestaciones adeudadas al finalizar el vínculo, por lo que condenó a la sanción correspondiente. Debido a lo anterior, no condenó a indexación de las sumas adeudadas. No encontró probado el despido aducido por el actor.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que CÉSAR ARMANDO CORCHUELO SARMIENTO y la demandada CABLE NOTICIAS TV S.A.S., en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, existió un contrato de trabajo que estuvo vigente entre el cinco (5) de mayo del dos mil doce (2012) y el treinta y uno (31) de diciembre del dos mil dieciocho (2018). SEGUNDO: DECLARAR que el salario promedio devengado por el demandante CÉSAR ARMANDO CORCHUELO SARMIENTO, corresponde a la suma de un millón novecientos ocho mil sesenta y dos pesos con sesenta y siete centavos (\$1.908.062,67) mensuales. TERCERO: CONDENAR a la demandada sociedad CABLE NOTICIAS TV S.A.S. a reconocer y pagar a favor del demandante CÉSAR ARMANDO CORCHUELO SARMIENTO los siguientes valores y conceptos: Por concepto de cesantías la suma de \$8.883.088; por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$228.967; por concepto de prima de servicios la suma de \$5.724.186; por concepto de compensación de vacaciones la suma de \$3.816.124; y por concepto de indemnización moratoria en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 la suma de \$68.690.160. CUARTO: CONDENAR a la demandada sociedad CABLE NOTICIAS TV S.A.S a reconocer y pagar a favor del demandante CÉSAR ARMANDO CORCHUELO SARMIENTO la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, que corresponde al pago de un día de salario fijado en la suma de sesenta y tres mil seiscientos dos pesos (\$63.602) por cada día de retardo causado a partir del treinta y uno (31) de diciembre del dos mil dieciocho (2018) y por los primeros 24 meses, estimados por el despacho en la suma de cuarenta y cinco millones setecientos noventa y tres mil cuatrocientos ochenta*

y ocho pesos (\$45.793.488), y a partir del mes 25 el valor de los intereses corrientes certificados por la Superintendencia Financiera a la tasa máxima para los créditos de libre asignación y hasta el momento en que se verifique el pago efectivo de las condenas impuestas en la presente decisión. QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada sociedad CABLE NOTICIAS TV S.A.S; y no probadas las demás excepciones. SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada CABLE NOTICIAS TV S.A.S. Inclúyase en la liquidación de costas la suma equivalente a 2 SMLMV, a favor del demandante CÉSAR ARMANDO CORCHUELO SARMIENTO, valor en que se estiman las agencias en derecho” (Audiencia virtual del 21 de julio de 2021 – archivo 02.1 Hora 1:08:51).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de CABLE NOTICIAS TV S.A.S. pidió que se revoquen en su totalidad de las condenas de primera instancia, bajo el argumento de que entre las partes se desarrollaron varios contratos de prestación de servicios, en los que el actor actuó de manera independiente, sin que se hubiera acreditado la pretendida subordinación, pues podía decidir en qué momento asistía, y el horario y la labor no eran constantes –por lo que habrían existido varias relaciones contractuales y no sólo una-. Sumado a que el servicio no era *intuitu personae*, ya que si aquel se negaba a asistir buscaban otra persona y no se exigía exclusividad pues prestaba sus servicios para otras empresas al tratarse de una *profesión liberal*. Señaló que el primer contrato data del 5 de julio de 2012 y no como se declaró. Resaltó que la exigencia de confidencialidad, el control de entrada a la sede de la demandada, y el cumplimiento de reglamentos de seguridad, no son exclusivos de una relación de trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, se encuentra inconforme con los montos de las condenas, pues el valor devengado mensualmente por el actor es inferior al declarado. En el mismo sentido, considera que se debió tener en cuenta la prescripción de las cesantías causadas en los contratos previos, de sus intereses causados entre 2012 y

2014, de las vacaciones de a 2012 y 2013 y las primas de servicio y la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 de 2012 a 2015. Frente a esta última, así como la consagrada para el no pago de prestaciones al terminar el vínculo, se debió tener en cuenta la buena fe de la demandada que en todo momento entendió la relación como de índole civil por la prestación de servicios autónomos. Por las mismas razones, considera que no procede la condena en costas. Adicionalmente señala que no procede la indexación de las condenas (Audiencia virtual del 21 de julio de 2021 – archivo 02.1 Hora 1:12:37)¹.

¹ “Bueno, con respecto a la parte demandada, presento y sustenté debidamente el recurso de apelación con base en los siguientes argumentos: eh, refiere el despacho que desde el 5 de mayo de 2012 y de manera ininterrumpida, bueno y primero para aclarar eh... apelo sobre todas y cada una de las declaraciones y condenas que se hagan y que se hicieron de manera desfavorable a mi representada cierto, con relación a la parte desfavorable. Bueno, para sustentar de este recurso, eh, es preciso advertir el despacho refiere que desde el 5 de mayo de 2012 y de manera ininterrumpida inició una relación de trabajo con el demandante eh... esa esa eh... digamos ese contrato realidad pues es motivo de inconformidad por parte de la suscrita, en la medida en que no se logró acreditar eh, en forma respetuosa se refiere, eh, esta esta relación laboral que existió, en tanto como se expondrá más adelante la subordinación no estuvo inmersa en ninguno de los contratos de prestación de servicios que se adelantó o que se suscribió con el demandante. El... el hecho de, igualmente, los extremos temporales que requiere el despacho también se desconocen por esta parte eh... de hecho, desconoce la suscrita de donde el despacho tiene que el 5 de mayo de 2012 inicia una relación, cuando de los contratos y de acuerdo con la contestación a la demanda se identifica que esto ocurrió desde julio de 2012 pero no la relación laboral que refiere el despacho sino por contratos de prestación de servicios. Mucho menos ocurrió de manera ininterrumpida como lo refiere el despacho, así como refiere uhm, no encuentra sustento alguno no encuentro sustento alguno de que no era objeto de debate la asistencia constante según asignación de turnos, hecho aceptado por la pasiva, este hecho nunca fue aceptado por la pasiva y ese objeto de debate que dice el despacho no es objeto de debate, ¡pues si lo es! En toda la contestación y en toda la eh... intervenciones que realizaron tanto testigos como representante legal fueron contestes en afirmar que había era un contrato de prestación de servicios y que la prestación de servicio se dio de manera eh... inconstante, no había una termitencia (sic), no había turno, no había un horario claro ni establecido, por lo que no comprende entonces la suscrita porque dice que no era objeto de debate si precisamente era uno de los objetos de litigio del proceso, ese llamado constante, eh... en prin... en dice eh, la... la juez que respetuosamente que se le llamaba constantemente y no, pues una cosa es que se le llame constantemente al demandante como bien de pronto lo pudo haber referido el representante legal, pero una cosa si es cierta, una cosa es si se le llame constantemente y otra cosa es que él hubiera prestado los servicios de forma constante, esto no ocurrió, empezando porque el trabajador o el señor que se presume como trabajador era el que decidía si prestaba sus servicios o no eh... Me parece eh, eh, en consideración de la suscrita que hubo una indebida valoración de la prueba de las declaraciones de los testigos, de la declaración del representante legal en tanto eh, se les, eh se les tomo de manera descontextualizada o eh, que no correspondía digamos no se les tomo de manera integral sino que se les desdibujó e incluso de cierta medida lo que ellos referían. Es así como, eh nunca el representante eh, legal refirió que estuviera disponible el trabajador o que debiera estar disponible, por el contrario, la disponibilidad del trabajador, del señor César Corchuelo, nunca se dio, nunca estaba disponible y él era quien definía si prestaba el servicio o no lo prestaba, entonces el representante legal nunca dijo que él debía eh, se le llamaba y debía concurrir al... al... a las instalaciones del canal ni que estuviera disponible para esos efectos, así mismo la señora Mogollón en calidad pues de coordinadora, pues tampoco refirió, por el contrario, dijo que no tenía ni directrices ni se le hacía lineamientos concretos a que él era el que de manera de manera independiente establecía como hacer su labor. Yo

le voy a pedir al señor César que deje de decir que no, que es que me... me in me deja como un poco perdida como en mis argumentos, bueno, uhm... con relación... Bueno entonces esa prestación personal del servicio si bien dice el despacho está muy a acreditada realmente eh, en forma dudosa también se puede establecer que no está del todo acreditada porque eh... cuando el señor César Corchuelo manifestaba que no podía concurrir a las instalaciones del canal a prestar sus servicios, pues simplemente se llamaba a un tercero o a una persona distinta que supliera esos eh, esas requerimientos de personal que se requería de manera pues, intempestiva, eh, igualmente refiere eh, la... la juez cuando toma los contratos y señala había que solicitar de inmediato los recursos, que debía mantener limpio el lugar, que debía conocer el equipo de trabajo, eh, hace una relación pues de las obligaciones que parecen un contrato, información de anomalía eh.. todo esto, hace referencia pues precisamente a la nosotros apelamos el principio de la realidad sobre las formas porque ello no y se pudo acreditar con los testigos, ello no ocurrió de esta manera, no había eh el señor César Corchuelo de manera independiente realizaba sus funciones sin directrices, sin ordenes, sin ne... sin cumplir con un turno o un horario, sino que él definía como hacer su trabajo y nadie lo cuestionaba o no se le decía, de hecho porque la experticia o digamos eh la experiencia que el señor César Corchuelo tenía eh, eh era pues apreciable también, entonces no había necesidad de darle ese tipo de instrucciones y no se daban tampoco como bien lo refirieron los testigos. En la confidencialidad que refiere el despacho, pues esto es normal en todo contrato civil, eh, la confidencialidad pues es un elemento pues per se del practicante de cada uno de esos contratos que se suscriben, esto no tiene nada que ver con un contrato realidad o con un contrato de trabajo, así como refiere que el cumplimiento de la norma difieren y seguridad empresarial uhm... son solo de relaciones de trabajo, pero esto no es así tampoco, eh lo que, lo que son las normas de seguridad y salud en el trabajo se exigen tanto para contratistas los empleados de Cable Noticias, esto es en toda empresa se debe exigir, tanto que existe un manual de contratista, precisamente para el cumplimiento de esas normas de seguridad salud en el trabajo, eh... no hay un no hay un desarrollo autónomo de las labores que dice el despacho contrario a lo que realmente ocurrió pues en este evento. Decía que debía e incluso, hacía referencia a unas declaraciones de unos testigos de la parte demandada donde debía tramitar unas autorizaciones previa eh, explicaciones de la razón de porque se ausentaba eh los traba eh los testigos de la parte demandante nunca refirieron que él tenía que solicitar permiso o autorización por su ausencia, por el contrario, antes dijeron que debía simplemente informar que se debía ausentar, eh, por eso es que se refiere que se está de pronto descontextualizando los testigos, tomándolos no de manera integral sino de manera parcial y afectando con ellos pues el dicho que de manera integral pueden pues, eh dar luces a este proceso. Eh, con relación entonces eh, nosotros eh... referimos que tenemos una inconformidad con relación a la declaración al contrato realidad, porque no hay ningún contrato realidad ni los extremos temporales del mismo como refiere entonces la juez tampoco es porque la prestación que pudiese haber eh, prestado el señor César Corchuelo se realizó de manera autónoma e independiente, por lo que debió desvirtuar o se hizo y se logró desvirtuar ese elemento subordinación y dependencia continuada que se exige pues en estas, en estas relaciones contra eh de contrato laboral, o que es el elemento que se presume que nosotros debemos desvirtuar y, y conforme se hizo, efectivamente se desvirtuó. Eh, no existió una subordinación, de hecho para nosotros es importante el testimonio de la señora Ana María Gómez, que si bien era testigo de la parte demandante, ella nos dio claridades acerca de las formas de la contratación que tiene Cable Noticias con relación a la contratación de por prestación de servicios y los contratos de, de carácter laboral, ella conoció estas dos situaciones y pudo darnos luces o dar claridad al despacho en cuanto a que ella explica que actualmente tiene un contrato de prestación de servicios. Eh, entonces, las diferencias que ella hoy pudo, digamos darle claridad a este proceso que cumplía con una funciones, pero que ella no iba los fines de semana, es que recuérdese que este canal es una canal de noticias de 24 horas, donde los fines de semana es importante o transcendental el cumplimiento de las labores como no lo hizo el señor César Corchuelo, entonces ella misma nos aclaraba, es que yo no voy los fines de semana por ejemplo o igualmente dice 'yo llegue a unos acuerdos con Cable Noticias respecto a las formas de contratación', quiere decir esto que esto nunca fue impuesto, sino que las condiciones siempre son claras en la forma en que se va a contratar a los trabajadores o a los contratistas por parte de Cable Noticias, siempre ha permeado esa buena fe y siempre son claros desde el principio o ella misma dice, llegue a acuerdos con cable noticia respecto a la forma de contratación. Igualmente por el ti... tipo de contratación presta sus servicios menos horas, ella es clara en afirmar ahora es un contratista, ella no presenta o no asume los mismos cantidad de horas que si lo hace un trabajador vinculado realmente con Cable Noticias, igualmente ella refiere que

cumple con eventos o funciones muy específicas en atención a ese contrato de prestación de servicios, lo cual igualmente ocurría aquí con César Corchuelo. Uhm, nos da claridad que ella hizo la vinculación de manera independiente con Cable Noticias que ella la hizo, o sea, ella se ve que hay un acuerdo, que no es que nosotros o Cable Noticias se encuentra haciendo unos contratos mediante los cuales se encuentra disfrazando relaciones laborales, no, esto no ocurre, sino que se hacía la vinculación de acuerdo a la realidad fáctica de la situación, ella igualmente refiere que cuadra con Cable Noticias los días de los turnos y dispone el resto de su tiempo, que es muy importante porque ella igualmente nos está dando cuenta de que no hay cumplimiento de horarios, no hay cumplimiento de turnos y ella puede disponer de su tiempo. Igualmente entonces nos... nosotros decimos, bueno la subordinación nosotros logramos desa... desvirtuado o desacreditarla por porque no se prestó el servicio tampoco todos los días ni de forma ininterrumpida como lo dice el despacho, eh, de hecho, para los años 2012 y 2013, concretamente de forma muy exclusiva se firmaron cada uno de los contratos de prestación de servicios pero con un objetivo muy puntual, que era el reemplazo de los camarógrafos de planta que en su momentos, eh..., no podían por cualquier razón prestar sus servicios, estamos hablando de los señores Dany Hernández, de Leonardo Díaz, de Juan Carlos Mendoza, de Camilo Forero, de Francisco Martínez. eh. Por ejemplo el cubrimiento del reinado, esas eran situaciones o eventos muy caros para los cuales se le vinculo al señor Corchuelo, no era para ejercer de forma indiscriminada y de acuerdo y de hecho como si fuese un trabajador, eh las labores pues de camarógrafo. No es subordinación entonces por varias razones: es una profesión liberal valga resaltar, donde prima pues la autonomía técnica, profesional y la autodeterminación en el desarrollo de las tareas, el servicio contratado en realidad se ejecutó de manera libre o con libertad con autonomía técnica, científica y directiva, él decía de forma técnica como hacer sus funciones, como hacer las tomas, como hacer las grabaciones, eh... no había una prestación del servicio exclusiva para Cable Noticias sino para terceros, de hecho, él prestaba sus servicios para terceros de manera independiente se pudo lograr o acreditar que prestaba sus servicios para ACIPA, para Rafael Poveda, que como bien lo dijo el representante legal de Cable Noticias, es un productor independiente de televisión, entonces no había tal exclusividad que la señora Paula Rodríguez es testigo que refirió que si tenían los trabajadores de Cable Noticias, es decir los trabajadores que ella bien advirtió, se les exigía no solo la exclusividad, sino la... la disponibilidad de su tiempo, lo cual eran situaciones que con el señor César Corchuelo no ocurrieron, ni era exclusivo para Cable Noticias ni tampoco tenía esa disponibilidad de tiempo para Cable Noticias, a él no se le requirió nunca la disponibilidad, el demandante no está sujeto a horarios, tenía autonomía de independencia para establecer sus jornadas y en momentos acudía o no, de hecho él mismo establecía que para horas de la tarde era que podía prestar sus servicios porque en la mañana tenía otras situaciones pues de carácter personal, eh.. Para los años 2012, 2013 se ya se dijo que exclusivamente se contrató para el remplazo de trabajadores, igual si él no podía prestar los servicios se hacía a través de otros freelancers. De ese elemento intuio personae que caracteriza los contratos de trabajo, en el cual la identidad del sujeto encargado de la prestación del servicio, como lo dice la Corte Suprema, es fundamental, se rompe al acordarse o verificarse la posibilidad real de satisfacer el servicio a través de terceros como bien ocurría en este caso. Igualmente nunca hubo subordinación financiera, es que el señor César Corchuelo tenía otros ingresos distintos y no dependía de los ingresos de... de Cable Noticias. No había tampoco la referida subordinación jurídica como se ha dicho, pues no había ese... esas órdenes, esos horarios, esas directrices, se asumía con total autonomía independencia a su labor, no se le exigía disponibilidad y tampoco lo estaba, no estaba disponible tampoco, pues se, él decidía si prestaba sus servicios o no, también fueron enfáticos los testigos, tanto el demandante como el demandado, que, no se le hacían llamados de atención, que no era sujeto de procesos disciplinarios, como si bien y Paula Mendoza y Paula Rodríguez, fue clara en especificar que estos procesos disciplinarios con relación a trabajadores que si eran vinculados para Cable Noticias, se hacían se hacían porque no ejercían de pronto las labores adecuadamente pero con relación por ejemplo a César Corchuelo y los demás freelancers esto no podía ocurrir, simplemente si el, si el contratista no prestaba sus servicios de forma adecuada, pues no se le podía volver a llamar. Bueno, eh, no se realizó ese trabajo bajo su... bajo instrucciones o un control a la persona, por lo que hubo independencia técnica, no hubo entonces las obligaciones correlativas frente a Cable Noticias que tienen otros trabajadores que si están vinculados, a quienes se le daban ordenes, a quienes si cumplían un horario, quienes si se les llamaba la atención. De hecho en cuando a la... la situación de los horarios, refiere la testigo Ana María Gómez que ella tenía un horario fijo, y si observamos la demanda, César Corchuelo también requie... requiere que tenga un horario fijo de 2 a 10, entonces si los dos tienen horario fijo, ¿por qué no refería la señora Ana María Gómez que ella lo

veía a veces y en otras ocasiones no lo veía? Si tenían un horario fijo ambos, entonces ella suponía que es que les cambiaban los turnos, pero no, la realidad era que el señor César Corchuelo no permanecía constantemente ni cumplía ese turno ni esos horarios que se establecen en Cable Noticias en forma habitual para los otros tipos de trabajadores. Eh, eh como se refiere entonces no había una potestad disciplinaria que es una rasgo característico de esas relaciones subordinadas, si estaba disponible era porque él lo pudiera estar, no porque se le exigía tal disponibilidad y las contrataciones se limitaban a los servicios de camarógrafo para los eventos eh, puntualmente contratados con el señor César Corchuelo. No se le reconoció... derechos laborales porque no tenía lugar a ellos. Es preciso desatacar con relación a la subordinación la sentencia de la corte suprema de justicia SL6621-2017 de la magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas ella nos explica muy claramente que, de hecho es una sentencia que analiza igualmente una relación contractual entre demandante y demandado por seis (6) años aproximadamente donde igualmente habían suscripción de diversos contratos por prestación de servicios, ese es un caso similar donde se desecharon o absolvió de las pretensiones de la demandan eh... aquí en esta esta jurisprudencia se nos explica que lo que es el horario, la entrega de llaves, el porte de carnet, el registro de entradas y salidas, la auditoria mensual no son indicativos de subordinación, me permito hacer alusión a unos apartes de esa sentencia por su importancia eh... abro comillas: 'si la empresa en la citada diligencia admitió que el actor porta un carnet dentro de la empresa que debe recibir y entregar la llave de la oficina de la oficina al ingresar y al salir de la entidad así como si lleva un registro de las entradas y salidas de la entidad o que sí está sometido a una auditoria mensual por una dependencia de la compañía, esto no es indicativo inequívoco de la subordinación propia de un contrato de trabajo puesto que estos son procedimientos que pueden ser aplicados tanto a personal subordinado de la entidad como a cualquier otra persona que tenga una relación continua de cualquier tipo con la compañía, dado que se constituyen es en medidas de seguridad y de control y en el caso de la auditoria mensual en una acción propia de seguimiento del cumplimiento de los servicios en los términos contratados natural de quien requiera o contrata cualquier servicio. Igualmente no refiere que la vigilancia, el control y la supervisión con contratan ante un convenio comercial o si el realiza sobre la ejecución de los obligaciones derivadas de tal relación en ningún caso el que paralelos los conceptos de subordinación y dependencia; por otro lado refiere que el horario no es un indicador incuestionable del factor de subordinación, dado que esta Sala ha reiterado que la asignación de un horario para prestación del servicio si bien podría tornarse en el elemento indicativo de la subordinación no es necesariamente concluyente y determinante de su configuración porque la fijación del tiempo que ha de emplear quien presta el servicio en su entidad personal puede darse también en las relaciones jurídicas independientes, sin que por ello se entienda forzosamente asignadas por la subordinación laboral' cierro comillas. Es así entonces eh... y de echo la testigo Ana María Gómez también refiere que no habían tantas cámaras como camarógrafos entonces habiendo trece (13) camarógrafos vinculados como bien quedo acreditado en este despacho, no tiene asidero que pueda permanecer el señor César Corchuelo en el canal, máxime que Mónica Mendoza dijo que los que estaban vinculados eran suficientes para cumplir la labores normales de la del canal. Es preciso destacar igualmente que el testigo William Piñeros no pudo contestar a ciencia cierta si vio al señor Corchuelo todos los días, incluso este es la persona que dice que debía informar en caso de ausentarse no pedir permiso en autorización sino informar simplemente que se ausentaría eh... Igualmente es objeto motivo de apelación en esta en este momento eh... los montos establecidos por el despacho para que la segunda instancia pueda estudiar pues su valor así como los extremos temporales y el salario eh... que se utilizó para establecer estas condenas eh... que se reitera pues no debió accederse a las mismas eh... recibió en promedio este señor no la suma que indica el despacho sino una suma inferior de aproximadamente millón setecientos mil (1.700.000) pesos en el años dos mil dieciocho (2018) en promedio por lo que deben mirarse cuánto dinero efectivamente recibió el señor y no tomar de pronto un valor que nunca devengo en el mes para contabilizar pues sus prestaciones. Con relación a la buena fe que es la que permite o porque en este despacho condena tanto a la indemnización del artículo 65 como la sanción del artículo 99 de la Ley 50 del 90, es preciso destacar la buena fe y el hecho del que el despacho no la estudio de forma juiciosa eh... de la demandada. Es así como tanto la indemnización moratoria del artículo 65 como la sanción del artículo 99 de la Ley 50 del 90 no son de aplicación automática ni inexorable y por ende cada asunto el sentenciador debe analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada con argumentos que, pese al no resultar viables o jurídicamente acertados, si pueden considerarse atendibles y justificables en la medida que razonablemente hubiesen llevado el convencimiento de que nada se adeudaba por salarios o prestación... o derechos sociales. Refiere la Corte Suprema de Justicia

entonces, por ejemplo en los casos de con el que se ventila hoy refiere la Corte Suprema con disposición de la condena por indemnización moratoria cuando se discute la existencia de contrato de trabajo no depende exclusivamente de su declaración, pues en ambos casos se requiere el examen de la conducta del empleador y si la postura de la demandada resulta fundada y acompañada en pruebas que obren en el proceso, de forma que así no logre desvirtuar el hecho contractual, tenga plena justificación, es factible exonerarla de esta drástica sanción. Entonces en este caso no solo no acreditó la parte demandante de la mala fe mi representada sino que quedó demostrada por nuestra parte la buena fe en su actuar dado que, como se advirtió pues, desde la contestación de la demanda, la relación contractual entre el demandante y demandado no se vio subordinación alguna eh... Esta relación tuvo un origen de hecho en remplazo de trabajadores de planta quienes no pudieran prestar sus servicios por determinadas situaciones, por eso se le llama a el señor Corchuelo. Esa suscripción de contratos y prestación de servicios se generó para cubrir eventos y finalidades específicas desconociéndose de forma previa cuantos días se requería eh... de los servicios del... del demandante, por ejemplo Édgar Ramos dijo literalmente 'muchas veces uno necesitaba de urgencia camarógrafos', así mismo la señora Paula Rodríguez es su testimonio es enfática en que se presentaban muchas novedades en el mes trabajadores que se enfermaban, trabajadores que tenían a sus niños y estaban en reuniones escolares entonces que le quedaba muy difícil a ella saber qué novedades se le presentaban y por eso es que se llamaba a los freelancer. Igualmente Margarita Mogollón dice que es un canal de veinticuatro (24) horas y refiere 'yo no estoy preparada para saber si mañana va a ver un... un último minuto o si no un par de horas', entonces realmente no se conocía el previamente cuantos servicios o la cantidad de estos servicios que se iba a requerir el demandante, pues ello dependía pues como extraordinarios de los cuales surgiera pues la necesidad de subcontratación y que el demandante adicionalmente nunca no se le exigía tal disponibilidad ni tales exclusividad así como se ha destacado eh... que no estaba subordinado a Cable Noticias no cumplía con horarios con jornadas, con turnos y que no era sujeto de procesos disciplinarios ni se requería ni se le exigía su disponibilidad era autónomo en el desarrollo de sus funciones y por eso es que tenía la conciencia digamos el eh... Cable Noticias tenía razones serias valederas de juicio que serias y atendibles que eh... además que se trababa de profesión liberal eh... del convencimiento sincero y honesto de no tener o no deber concepto labor alguno al demandante y no estar incurriendo al hecho en conductas atentatorias de sus derechos ya que tenía pues la convencimiento o esa convicción de que su vinculación no solo era acorde con la ley sino con la realidad fáctica que rodeó el proceso. Esa buena fe de hecho no se ocultó ningún documento de este proceso judicial de todo se puso a la luz del proceso para que se pudiera estudiar precisamente esa realidad fáctica que rodeaba pues este proceso eh... De hecho por eso fue eh... que no se hizo propuesta de conciliatoria por parte del representante legal, porque no había asomo de subordinación. De hecho es imposible... era e... imposible es pensar ahora siquiera que se tratara realmente de una relación laboral. En ese... medida debe primar esa buena fe con la que obró Cable Noticias. De hecho en el momento en la suscripción de los contratos que eran muy claros y César Corchuelo conocía de la entidad de estos contratos para establecer que eh... no hay condena no se puede condenar a esta sanciones drásticas por demás por esa buena fe que se demostró de Cable Noticias. Es preciso presumir como dice la Corte Suprema en radicación 286522 en sentencia el 25 de junio del 62, que el procedimiento para cuando se celebran contratos sucesivos, es preciso presumir, a menos que se acredite procesalmente lo contrario, así en la relaciones laborales como en las civiles la buena fe de los contratantes. Entonces procesalmente debe quedar acreditada esa mala fe, por eso dice la corte, pero para ello debe proceder en cada caso sobre la base de hechos probados, no de simples conjeturas o supuestos subjetivos sin respaldo en el proceso. Entonces para proceder con esa condena pues debe estar clara esa mala fe de cable noticas para poder condenar pues estas dos indemnizaciones drásticas por demás. Igualmente, refiere el despacho que lo hizo de manera ininterrumpida, pues eh, toma toda unos extremos temporales desde Mayo de 2012 hasta diciembre de 2018 como si se tratara de un contrato de eh... carácter indefinido, pero esta no es digamos, la posición que debió asumir el despacho porque aquí estamos frente a varios contratos de prestación de servicios, que, resaltándolos nuevamente, eh... no, no debió haber ninguna condena ninguna porque no hay contrato realidad, porque realmente estos contratos existieron, eh.. eh, de hecho, eh, entonces se discute uhm... se discute como el... el digamos el despacho al hacer un análisis de unos extremos temporales sin tener en cuenta las interrupciones si quiera en cada uno de los contratos de prestación de servicios como casi que tratando con una unidad contractual y con ello, sustentando digamos la forma en que liquida los las pretensiones de la demanda y las condenas impuestas cuando no debe no debe ser de esta manera, pues se está advirtiendo, se

trataba de diferentes contratos de prestación de servicios, de hecho todos... de hecho todos tenían un objeto distinto y se puede establecer así, por ejemplo, en el año 2012 y 2013 solo eran eminentemente para reemplazo de personal, se puede establecer que en el... a... en el año de octubre de 2013, al final del año 2014 solamente se estaba reemplazando el trabajo del señor Jorge López, entonces se estaba reemplazando una finalidad muy concreta, para el año 2015 inicio como reemplazo ya de personal en otros contratos e igualmente se evidenció eh... que tenía pues ya eh... de hecho como ra... como camarógrafo, pero se puede evidenciar en cada uno de estos tipos de contratos cada uno de estos tipos cada uno de estos contratos que existió, se puede ver como esa diferencia en el objeto y de hecho terminaban eh, terminaban las relaciones e iniciaban otras, es por ello que ante esta diferencia deben distinguirse todas estas vincula... vinculaciones laborales y no tenerse como si fuera solo un... un contrato, como si se tratara de un contrato a término indefinido de hecho, la corte suprema de justicia en atención pues a ese tema de unidad contractual ha dicho y ha sido clara que ese margen de tiempo que haya entre contrato y contrato no es razón suficiente para sostener la unicidad del vínculo o la existencias de simulación y la extinción del primero, puesto que puede suceder que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas, aun en la hipótesis que los oficios desempeñados para el empleado en ambas contrataciones sea el mismo, y es que se destaca que el origen de los contratos se reitera y el objeto de los contratos subieron o fueron distintos o diferenciados claramente diferenciados, así mismo, tratándose de contratos dice la corte que eh tratándose de contratos a término fijo aunque este no es el caso pero como para hacer la similitud, la jurisprudencia de la corte suprema de justicia exige que haya realmente un contrato distinto para que pueda emitirse que dentro de una relación laboral pueda darse sin interrupciones, porque si dos contratos son en esencia diferentes las relaciones laborales como las jurídicas no serán únicas, sino varias, esto lo indica en sentencia de casación laboral de julio 1977 ratificado incluso en otras de agosto 5 del 88 y enero 19 del 89, entonces ese cambio del objeto que hace pues distinto la vinculación jurídica, es lo que permite pues que no estemos en presencia de un solo de un solo vinculo la vinculo sino variados y eso hablando de contratos de pre... de trabajos que no es este el evento, se reitera nosotros estamos insistiendo que no hay contrato realidad. Con relación a las prescripciones, eh, es necesario decir que refiere el despacho que las cesantías tienen eh un o no fueron objetos de prescripción pero contrario a eso y a lo que venimos argumentando de que se trata de contratos totalmente diferenciados eh, habría que analizar eh, que si prescribieron o si fueron objetos de prescripción las cesantías, las cesantías eh, prescriben a medida que finalizaba cada uno de los vínculos, no es que se esté reconociendo reitero, que se adeuden estos conceptos laborales, sino que para efectos de que se analice igualmente por parte del juez de segunda instancia la prescripción es necesario analizar la prescripción de las cesantías teniendo en cuenta la no unidad contractual sino la paridad de contratos que existieron en este proceso. Igualmente con los intereses a las cesantías hay que verificar pues que están prescritas las del año 2012 a 2014. La sanción de hecho de las cesantías por la no consignación de cesantías en el fondo igualmente están prescritas del año 2012 al 2015. Eh, con relación a la prima de servicio también hay una prescripción que se debe discutir y alegar, con relación al año 2012 y 2015. Las vacaciones igualmente hay una prescripción que alegarse eh... prescrita en el 2012 a 2013. Y el termino pues de cada uno de estos establecidos en el en eh... para la liquidación que se hizo cada una de estas prestaciones sociales, pues habrá que mirar con calma y detenimiento cual es esa prescripción porque no... no consulta o... o no estamos de acuerdo conforme pues con la prescripción eh... determinada por el juzgado. Con relación con relación a la indexación de las condenas pues cuando se imponen sanciones moratorias pues estas no proceden tampoco eh... y viceversa estas no se pueden digamos acumular este tipo de concepciones en la sentencia mirando que otra... Me dan un segundo por favor, aclaro aquí una idea que igualmente voy a eh... va a ser objeto de impugnación, por favor. Bueno eh... para ampliar pues un poco acerca de lo que se venía argumentando de la mala fe eh... el juzgado solamente hace referencia a la mala fe o solamente la sustenta en que no se justifica la tardanza pero precisamente desconoce o no tiene en cuenta el despacho que es que no había tardanza para Cable Noticias porque era digamos claro y tenía la convicción clara de que no debía o no adeudaba eh... de prestación o derecho laboral alguno de hecho eh... sería pues como esa conciencia y nunca, nunca pretendió afectar derechos del trabajador de hecho si se escuchan las declaraciones de los testigos de la parte demandante son claros uno de ellos en afirmar que incluso le iba mejor en términos económicos estando contratado eh... por prestación de servicios que si estuviera vinculado directamente o por nómina o por contrato con... de trabajo con Cable Noticias entonces nunca era la intención pues como del empleador afectar o violentar o vulnerar derechos del trabajador. Así mismo porque eh... se alegó en el proceso que era un contrato prestación

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si entre las partes existió relación laboral y los extremos de la misma; (ii) cuál fue el salario percibido por el actor; (iii) si se adeudan prestaciones sociales, vacaciones y sanción por no consignación, o las mismas se encuentran prescritas; (iv) si se encuentra acreditada buena fe de la demandada que la exima del pago de las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y no pago de prestaciones y salarios al finalizar el vínculo; (v) si hay lugar a la condena en costas; y (vi) si procede la indexación de las condenas.

(i) CONTRATO REALIDAD - EXTREMOS. Para resolver lo primero son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo

de servicios, pero es que esa razón en sí misma no puede ser eh... motivo para la mala fe pues precisamente eso es lo que estamos discutiendo nosotros en este momento de hecho, que se trata de reales contratos de prestación de servicios no simulados, no simulados con relación igualmente... Entonces como se dice, como decimos no se estudió entonces esa buena fe del empleador para efectos de eximirlo de estas eh... graves condenas eh... con relación pues ah... al de al a la sanción por no consignación de las cesantías en el fondo y a la sanción del artículo 65, eh... Finalmente y para destacar, es preciso reiterar, así como se hizo en los alegatos de conclusión, no estudió el despacho cabalmente las pruebas que se presentaron con relación al carácter de independiente del señor César Corchuelo que eh... son importantes para establecer esa autonomía esa independencia con la que el trabajador desarrollaba sus funciones eh... se probó claramente que tenía vinculaciones con ACIPA que igualmente estaba vinculado y prestaba sus servicios de manera autónoma en las redes sociales, en Facebook en LinkedIn eh... se mostraba pues como un... un trabajador independiente de que prestaba sus servicios como camarógrafo con sus incluso son sus empresas que eran TV Corchuelo, CACTV Corchuelo, todas ellas pues como mostrando o prestando pues sus servicios en general entonces no era exclusiva a favor de cable noticias en la prestación sino que él también me mostraba como un trabajador independiente con contrataciones con Rafael Poveda, con ACIPA y con Cable Noticias adicionalmente. Entonces eh... en esos digamos en estos términos entonces se solicita al despacho, creo que quedaron pues agotados todos los motivos de impugnación o de apelación, entonces se solicita al despacho que o al Tribunal que revoque en forma parcial eh... dejando sin valor o revocando estas decisiones que de manera... que afectaron de manera grave a Cable Noticias o que se profirieron en su contra o eh... y teniendo en consideración que se acepta a las pretensiones nuestras que se presentan igualmente en la contestación, esto es las excepciones o.... sustentadas en las excepciones que proponemos se estudien pues cada una de estas excepciones y se verifique que prosperan las mismas. Así mismo con relación a las costas procesales, se advierte que no debe haber condena en costas pues por precisamente por esa buena fe por las discusiones que estamos presentando aquí con relación a que no hubo subordinación en estos contratos de prestación de servicios de que no hubo realmente no hay contrato realidad en este caso y que lo que hay es que el trabajador desempeña de manera autónoma independiente de esa labor eh... como contratista y de camarógrafo. Eh... en esos términos dejo expuesto el recurso. Muchas gracias".

como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”, disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador - es decir realizada por sí mismo-, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- se *entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*.

Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. Probada la prestación de servicios personales, opera la presunción de subordinación, elemento cuya existencia puede ser desvirtuada en el proceso por el extremo demandado.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal modificará la sentencia de primera instancia, pues las pruebas aportadas demuestran que el demandante prestó sus servicios personales como *camarógrafo* y como *editor* en mayo de 2016 (carpeta 02 archivo 02 folio 182), de manera continua del 5 de julio de 2012 al 31 de diciembre de 2018, conforme a lo cual se presume el elemento subordinación en ese lapso, el cual no fue desvirtuado por la demandada.

Este hecho concreto (la prestación de servicios), específicamente en cuanto a las fechas de inicio y terminación, no fue objeto de controversia ni fue apelado por la demandada, y encuentra prueba clara en la confesión contenida en la contestación (carpeta 01 archivo 01 folios 147 a 245), válida de conformidad con los artículos 191 y 193 del CGP². Manifestaciones que se corroboran con los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes el 5 de julio de 2012 -vigente para dicha calenda únicamente - y el 1º de enero de 2018 – vigente hasta el 31 de diciembre de esa anualidad- (carpeta 01 archivo 01 folios 247 a 253 y 377 a 383), así como los suscritos o sus adendas vigentes del 12 al 31 de julio, de 2 al 21 y del 23 al 31 de agosto, de 6 al 8 y del 11 al 25 de septiembre, del 8 al 15 de octubre y del 17 de octubre al 6 de noviembre de 2012, del 18 de abril al 31 de mayo, del 4 al 14 y del 17 al 28 de junio, del 16 al 31 de julio y 1º al 31 de agosto de 2013, 1º de enero al 31 de diciembre de 2014, 1º de enero al 31 de diciembre de 2015, 1º de enero al 31 de diciembre de 2016, 1º de enero al 31 de diciembre de 2017 y 1º de enero al 31 de diciembre de 2018 (carpeta 01 archivo 01 folios 255 a 361 y 371 a 376).

Sumado a ello, obran en el plenario 130 cuentas de cobro presentadas de manera consecutiva y regular por el demandante del 6 de julio de 2012 –por los servicios prestados el 5 de julio anterior anterior- al 21 de diciembre de 2018 –por prestación de servicios hasta el 31 de diciembre siguiente-, las cuales incluyen soportes y constancias de aceptación y pago por parte de la pasiva (carpeta 01 cuaderno 01 folios 53, 57, 59, 61, 63 y 459 a 996, y carpeta 02 cuaderno 02 folios 3 a 628).

² “ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

(...).

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

En este punto, resulta pertinente resaltar que, contrario a lo afirmado por la sociedad apelante, en el presente asunto no se evidencia una interrupción *real* de la prestación del servicio, pues si bien no obran contratos suscritos para la totalidad del interregno reclamado –por ejemplo de noviembre de 2012 a marzo de 2013 o de septiembre a diciembre de 2013–, se evidencia que no hubo solución de continuidad en el servicio según las cuentas de cobro allegadas y debidamente aceptadas y canceladas por la pasiva (carpeta 01 cuaderno 01 folios 53, 57, 59, 61, 63 y 459 a 996, y carpeta 02 cuaderno 02 folios 3 a 628). En cuanto a la no prestación de servicios por 19 días en septiembre de 2013, contenidos en una misma cuenta de cobro (carpeta 01 archivo 01 folio 653), ésta no interrumpió en modo alguno el vínculo, como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Corporación que ha dicho claramente que *“cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece”* (Sentencia SL981-2019 Rad. 74084 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Evidenciado lo anterior, correspondía al extremo demandado desvirtuar la subordinación, conforme a la carga procesal que le impone la presunción legal del artículo 24 del CST, frente a lo cual no se allegó prueba útil alguna que permitiera concluir que la labor se realizó con *autonomía técnica y directiva* del demandante, es decir, prueba de haber obrado sin sometimiento a las órdenes de quien la contrató en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de servicios, o a reglamentos laborales.

No sirven para el efecto los pactos *formales* contenidos en los contratos de prestación de servicios –e incluso en sus adendas–, en la medida en que el artículo 53 de la Constitución Política dispone para los asuntos del trabajo primacía de la realidad sobre las formas y prohíbe la renuncia a los derechos que de ésta puedan surgir en favor del trabajador.

Tampoco resulta útil para ese efecto lo narrado por la testigo ANA MARÍA GÓMEZ ESPINOSA³ en cuanto a la forma en que ella acordó y se encontraba prestando sus servicios como *periodista freelance* para la demandada, pues se trata de circunstancias propias del vínculo de aquella, las cuales no dan cuenta de la forma en la que se desarrolló la relación contractual del actor, al punto que se trata de labores totalmente distintas a las de *camarógrafo* para las que éste fue contratado.

En el mismo sentido, y contrario a lo afirmado de manera reiterada por la defensa, no se demostró que el actor prestara sus servicios a terceros, para lo cual resulta insuficiente la inexistencia de una cláusula de exclusividad en los contratos suscritos, la cual, dicho sea de paso, no se encuentra restringida únicamente este tipo de vínculos⁴, así como tampoco la certificación de afiliación del actor a la Asociación de Cine y Televisión del Pacífico –ACIPA- (carpeta 01 archivo 01 folio 385) y las capturas de pantalla de las redes sociales del actor –Facebook- (carpeta 02 archivo 01 folios 629 a 653)⁵, pues ninguno de tales medios de prueba demuestra la efectiva prestación de algún servicio a terceros en el interregno que duró el vínculo entre las partes. Sin perjuicio de ello, se debe advertir que el artículo 26 del CST permite la *coexistencia* de dos o más contratos de trabajo a menos que se pacte lo contrario⁶, por lo que, aún de haberse acreditado la alegada situación, ésta no sería concluyente para excluir la existencia de la relación de trabajo alegada.

³ Audiencia virtual del 15 de junio de 2021 – carpeta 02 archivo 11 Hora 1:00:42.

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4959-2019 Rad. 68766 M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN: “(...) la cláusula de exclusividad en la prestación del servicio, no solo se puede estipular en los contratos de trabajo, sino también en otras modalidades contractuales empresariales, en las cuales la restricción a la libertad para contratar busca garantizar, dentro de ciertos límites, la correcta ejecución de las tareas encomendadas, la protección de la inversión o evitar la competencia desleal”.

⁵ Ver Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2020.

⁶ “ARTICULO 26. COEXISTENCIA DE CONTRATOS. Un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más {empleadores}, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo”.

Tampoco encuentra sustento la afirmación de la pasiva en cuanto a que el demandante ejercía una *profesión liberal*, pues la labor de *camarógrafo* ejercida por él no corresponde a una de las “*disciplinas reconocidas por el Estado, en las que predomina el ejercicio del intelecto y para su ejercicio se requiere además de un título académico, una licencia o matrícula profesional*”⁷, las cuales tampoco se encuentran exentas de la presunción legal del artículo 24 del CST, por lo que aún de ser el caso, persistía a cargo del presunto empleador la carga de demostrar que la labor se hubiera ejecutado con independencia y autonomía⁸.

Ahora, manifiesta la defensa que el vínculo del actor no era *intuitu personae*, pues ante la ausencia de éste la empresa podía reemplazarlo con cualquiera otra de las personas contratadas. No obstante, se pactó la prohibición de la cesión de los referidos contratos a terceros por parte del demandante, dadas sus “*especiales capacidades y cualidades personales y profesionales*”, situación que resulta contraria a la *posibilidad* del contratista de prestar los servicios contratados, aun bajo los criterios técnicos del contratante, a través de quien éste eligiera autónomamente para el efecto⁹.

⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL225-2020 Rad. 76171 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “*Las profesiones liberales, como la contaduría, son disciplinas reconocidas por el Estado, en ellas predomina el ejercicio del intelecto y para su ejercicio se requiere además de un título académico, una licencia o matrícula profesional. Se les califica como liberales porque en su desempeño media la autonomía técnica, organizativa y profesional. Sus rasgos distintivos son la autodeterminación en el desarrollo de las tareas, la responsabilidad personal atribuible a quienes las ejercen y el código ético profesional que guía su ejercicio*”.

⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3345-2021 Rad. 60656 M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3345-2021 Rad. 60656 M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ: “*el elemento intuitu personae, característico de todo contrato de trabajo aunque no exclusivo de él, tiene presencia en este tipo de cláusulas contractuales. Ello, en lo fundamental, porque una cosa es que se pacte la prestación de servicios médicos especializados con un ente natural o jurídico que tenga la posibilidad real de garantizarlo él mismo o con el personal que autónomamente elija a fin de cumplir los criterios técnicos y especializados que espera el contratante del servicio, y otra, muy distinta, que ello deba ser cumplido exclusivamente por un sujeto específico, sin posibilidad de cederlo o delegarlo en un tercero en tanto ello queda a la discreción del contratante del servicio.*

(...). Sin embargo, el hecho que el contratante deba autorizar su cesión o delegación en otra persona no desvirtúa ese elemento personal del contrato de trabajo, pues en esas circunstancias contractuales el aparente contratista, en realidad, no tiene la posibilidad real de prestarlo con autonomía e independencia, como eventualmente podría hacerlo un trabajador autónomo”.

Asimismo, las documentales arrimadas dan cuenta de labor subordinada por parte del actor, quien se obligó en los referidos contratos de prestación de servicios a *“mantener su equipo de trabajo limpio en buen estado y debidamente guardado en su locker respectivo”, “Estar atento y dispuesto con todo su equipo de trabajo al momento del llamado por parte del departamento de producción y o (sic) jefe inmediato”, “Verificar con el asistente de producción el lugar, el transporte para la grabación y con quien va a salir a grabar”, “estar atento a recibir cualquier instrucción en el momento de la grabación”, “Solicitar oportunamente a su jefe inmediato los recursos necesarios para el buen desempeño de sus funciones”, “Informar a su jefe inmediato de las anomalías que se llegasen a presentar”, “Apoyar y generar aportes al productor o jefe inmediato” y “Prestar colaboración y soporte en la movilización del personal del canal”* (carpeta 01 archivo 01 folios 247 a 361 y 371 a 376). Nótese que a pesar de que en el último contrato se modificó la redacción de las referidas funciones, para eliminar el término de *“jefe inmediato”*, se mantuvo el contenido material de las mismas, sumado a la obligación de *“Mantener en orden y limpio el puesto asignado donde realiza sus labores”* (carpeta 01 archivo 01 folios 377 a 383), todo lo cual da cuenta de dependencia e integración del accionante en la estructura jerárquica de la demandada, en la que incluso tenía un puesto de trabajo asignado y debía responder y estar presto a las instrucciones y los llamados de un superior.

Adicionalmente, si bien el representante legal de la demandada afirmó en interrogatorio de parte que el actor era independiente en cuanto a la forma de prestar su labor, y podía decidir autónomamente cuándo asistir y cuando no, también señaló que era citado todos los días, *según las necesidades del canal*, y que las labores desempeñadas eran idénticas a las que harían los camarógrafos *de planta* -vinculados mediante contrato de trabajo-, esto es, no podía entregar el producto que él quisiera, debía ceñirse a los criterios de lo que se estuviera grabando en el momento, bajo *coordinación*, utilizando los elementos proporcionados por la empresa –cámara, trípode, etc.-, debido a

razones de calidad y seguridad del *Canal*¹⁰. Todo ello, permite evidenciar que el actor no era dueño del producto generado y la demandada determinaba el *modo, tiempo, lugar y cantidad* de los servicios prestados.

En el mismo sentido, se pronunciaron los testigos ÉDGAR EDUARDO RAMOS LAVERDE¹¹, WILLIAM FERNANDO PIÑEROS MEZA¹² y ANA MARÍA GÓMEZ ESPINOSA¹³, excompañeros de trabajo del actor en calidad de periodistas, quienes se lo encontraron constantemente prestando sus servicios para la demandada, adelantando idénticas funciones de los camarógrafos *de planta* –vinculados mediante contrato de trabajo–, al punto que no era posible determinar quiénes estaban bajo una u otra modalidad contractual. Sus turnos y horarios eran asignados y controlados por el área de *Producción*, que también determinaba los lugares a los que debían dirigirse a cubrir hechos noticiosos e imponía llamados de atención verbales, según manifestó el testigo PIÑEROS MESA, quien además resaltó que el actor debía cumplir los movimientos de cámara que le señalara el *director de cámaras*. Si bien se propuso tacha de sospecha frente a ÉDGAR EDUARDO RAMOS LAVERDE, pues presuntamente habría escuchado los interrogatorios de parte al no haberse desconectado de la diligencia durante su recaudo, la Sala no puede concluir de ello que la declaraciones sobre los hechos que presenciaron no sean veraces; por el contrario lucen espontáneas y resultan útiles para dilucidar de su dicho la forma como se prestaban los servicios del demandante, pues se trataba de sus compañeros de trabajo, además en lo pertinente las declaraciones coinciden con el contenido de los documentos arrimados al expediente y con lo declarado por los otros testigos.

¹⁰ Audiencia virtual del 18 de mayo de 2021 – carpeta 02 archivo 10.1 Min. 55:44 y Audiencia virtual del 15 de junio de 2021 – carpeta 02 archivo 11 Min. 09:39.

¹¹ Audiencia virtual del 18 de mayo de 2021 – carpeta 02 archivo 10.1 Hora 2:07:40.

¹² Audiencia virtual del 18 de mayo de 2021 – carpeta 02 archivo 10.1 Hora 2:42:39.

¹³ Audiencia virtual del 15 de junio de 2021 – carpeta 02 archivo 11 Hora 1:00:42.

Las testigos PAULA ANDREA RODRÍGUEZ CELIS¹⁴, MÓNICA PAOLA MENDOZA RODRÍGUEZ¹⁵ y EDNA MARGARITA MOGOLLÓN COBOS¹⁶, trabajadoras de la demandada para las áreas administrativa, de recursos humanos y de producción, respectivamente, si bien fueron enfáticas en señalar que el actor era independiente y autónomo dado su profesionalismo y conocimientos por los cuales había sido contratado, a la par que podía decidir cuándo prestaba o no sus servicios sin que la demandada le impusiera horarios, lo cierto es que todas refirieron que la agenda de eventos a cubrir eran determinados según las necesidades de la accionada, y que el actor debía reemplazar al personal *de planta* que se encontraba en vacaciones o tenía alguna calamidad doméstica, bajo la *coordinación y supervisión* del área de *Producción*, sin que hubiera diferencia en las funciones de los *freelancers* –vinculados mediante contrato de prestación de servicios- y los trabajadores *de planta* –con contrato de trabajo- en cuanto ambos debían presentar un producto que era la grabación efectuada, la cual, en el caso del demandante, debía cumplir ciertos estándares de *calidad* so pena de no volver a ser llamado, esto es, se rescindía o terminaba su contrato.

Si bien refirieron que el *freelancer* tenía la posibilidad de no asistir sin excusa alguna o de retirarse en cualquier momento del lugar de grabación sin pedir autorización, ninguna refirió un momento puntual en que ello hubiera sucedido sin repercusión para el demandante, por lo que no pasa de ser una consideración subjetiva y sin fundamento en los hechos que realmente les pudieran constar. En el mismo sentido, si bien señalaron que no existía imposición de horarios y que sólo se hacía un control de ingreso por razones de *seguridad*, ello no pasa de ser una afirmación genérica que contraría la lógica del desarrollo propio del vínculo, pues la labor debía ser prestada en conjunto con otras personas –periodistas, editores, etc.- y, en todo caso, las

¹⁴ Audiencia virtual del 18 de mayo de 2021 – carpeta 02 archivo 10.1 Hora 3:01:24 y archivo 10.2 Min. 00:00.

¹⁵ Audiencia virtual del 18 de mayo de 2021 – carpeta 02 archivo 10.2 Min. 46:46.

¹⁶ Audiencia virtual del 15 de junio de 2021 – carpeta 02 archivo 11 Min. 26:30.

planillas allegadas al plenario no sólo evidencian horas de *entrada y salida*, sino también la hora de “*LLAMADO*”, esto es, aquellas en que el personal allí listado, incluido el actor, era citado para adelantar labores (carpeta 01 archivo 01 folios 3 a 35).

El representante legal de la demandada y la totalidad de los testigos escuchados acreditaron que los equipos –cámara, trípode, vehículo cuando era necesario, etc.- eran proporcionados por la compañía demandada, y para el ingreso y la prestación del servicio el actor debía portar un carné e incluso un chaleco que también eran proporcionados por ésta, lo que resulta indiciario de que el servicio no era prestado con independencia técnica y se encontraba supeditado a que el demandante se identificara como parte de la empresa CABLE NOTICIAS TV S.A.S..

Por todo lo anterior, es claro que el elemento de la subordinación característico del vínculo laboral y que se presume por la mera prestación del servicio personal del actor, no sólo no fue desvirtuado por la pasiva, sino que fue constatado al verificar la totalidad del acervo probatorio allegado y recaudado en las audiencias.

ii) SALARIOS. Para resolver sobre esta materia, se debe advertir que, por regla general, todo pago que reciba el trabajador retribuye directamente sus servicios, según el artículo 127 del CST (carácter retributivo –primera característica del salario-)^{17 18}. Al respecto, nuevamente resulta necesario

¹⁷ “Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “(...), esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018)”.

referirse a las cuentas de cobro y los comprobantes de pago allegados con la contestación pasiva (carpeta 01 cuaderno 01 folios 53, 57, 59, 61, 63 y 459 a 996, y carpeta 02 cuaderno 02 folios 3 a 628), los cuales una vez verificados, coinciden con devengos anuales del actor contenidos en los certificados de Retención de Industria y Comercio –ICA- (carpeta 01 archivo 01 folios 439 a 452 y carpeta 02 archivo 09 folios 4 a 10).

Conforme a ello, se obtuvieron como salarios promedio mensuales para los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, las siguientes sumas: \$1.108.333,33; \$1.587.395,83; \$1.791.458,33; \$1.862.500,00; \$1.597.656,25; \$1.865.234,33 y \$1.907.812,67, respectivamente, que, al resultar inferiores al salario promedio declarado en primera instancia, dan lugar a modificar la sentencia también en este aspecto:

Año 2012	1ª Quincena	2ª Quincena	Total Mensual
Julio	\$70.000,00	\$840.000,00	\$910.000,00
Agosto	\$420.000,00	\$630.000,00	\$1.050.000,00
Septiembre	\$420.000,00	\$280.000,00	\$700.000,00
Octubre	\$420.000,00	\$630.000,00	\$1.050.000,00
Noviembre	\$910.000,00	\$770.000,00	\$1.680.000,00
Diciembre	\$700.000,00	\$560.000,00	\$1.260.000,00
SALARIO PROMEDIO MENSUAL			\$1.108.333,33

Año 2013	1ª Quincena	2ª Quincena	Total Mensual
Enero	\$560.000,00	\$770.000,00	\$1.330.000,00
Febrero	\$770.000,00	\$630.000,00	\$1.400.000,00
Marzo	\$770.000,00	\$490.000,00	\$1.260.000,00
Abril	\$770.000,00	\$840.000,00	\$1.610.000,00
Mayo	\$980.000,00	\$910.000,00	\$1.890.000,00
Junio	\$735.000,00	\$840.000,00	\$1.575.000,00
Julio	\$840.000,00	\$980.000,00	\$1.820.000,00
Agosto	\$840.000,00	\$980.000,00	\$1.820.000,00
Septiembre	\$770.000,00		\$770.000,00
Octubre	\$910.000,00	\$980.000,00	\$1.890.000,00
Noviembre	\$840.000,00	\$910.000,00	\$1.750.000,00
Diciembre	\$910.000,00	\$1.023.750,00	\$1.933.750,00
SALARIO PROMEDIO MENSUAL			\$1.587.395,83

Año 2014	1ª Quincena	2ª Quincena	Total Mensual
Enero	\$700.000,00	\$980.000,00	\$1.680.000,00
Febrero	\$910.000,00	\$770.000,00	\$1.680.000,00
Marzo	\$910.000,00	\$980.000,00	\$1.890.000,00
Abril	\$910.000,00	\$840.000,00	\$1.750.000,00
Mayo	\$910.000,00	\$910.000,00	\$1.820.000,00
Junio	\$840.000,00	\$840.000,00	\$1.680.000,00
Julio	\$910.000,00	\$1.050.000,00	\$1.960.000,00
Agosto	\$900.000,00	\$975.000,00	\$1.875.000,00
Septiembre	\$975.000,00	\$975.000,00	\$1.950.000,00
Octubre	\$600.000,00	\$1.050.000,00	\$1.650.000,00
Noviembre	\$750.000,00	\$825.000,00	\$1.575.000,00
Diciembre	\$1.050.000,00	\$937.500,00	\$1.987.500,00
SALARIO PROMEDIO MENSUAL			\$1.791.458,33

Año 2015	1ª Quincena	2ª Quincena	Total Mensual
Enero	\$675.000,00	\$1.050.000,00	\$1.725.000,00
Febrero	\$975.000,00	\$825.000,00	\$1.800.000,00
Marzo	\$975.000,00	\$975.000,00	\$1.950.000,00

Abril	\$825.000,00	\$975.000,00	\$1.800.000,00
Mayo	\$900.000,00	\$825.000,00	\$1.725.000,00
Junio	\$975.000,00	\$900.000,00	\$1.875.000,00
Julio	\$975.000,00	\$1.050.000,00	\$2.025.000,00
Agosto	\$900.000,00	\$1.050.000,00	\$1.950.000,00
Septiembre	\$975.000,00	\$975.000,00	\$1.950.000,00
Octubre	\$975.000,00	\$975.000,00	\$1.950.000,00
Noviembre	\$825.000,00	\$900.000,00	\$1.725.000,00
Diciembre	\$975.000,00	\$900.000,00	\$1.875.000,00
SALARIO PROMEDIO MENSUAL			\$1.862.500,00

Año 2016	1ª Quincena	2ª Quincena	Total Mensual
Enero	\$600.000,00	\$825.000,00	\$1.425.000,00
Febrero	\$825.000,00	\$750.000,00	\$1.575.000,00
Marzo	\$825.000,00	\$675.000,00	\$1.500.000,00
Abril	\$825.000,00	\$825.000,00	\$1.650.000,00
Mayo	\$750.000,00	\$796.875,00	\$1.546.875,00
Junio	\$750.000,00	\$825.000,00	\$1.575.000,00
Julio	\$750.000,00	\$750.000,00	\$1.500.000,00
Agosto	\$750.000,00	\$975.000,00	\$1.725.000,00
Septiembre	\$825.000,00	\$975.000,00	\$1.800.000,00
Octubre	\$825.000,00	\$750.000,00	\$1.575.000,00
Noviembre	\$675.000,00	\$825.000,00	\$1.500.000,00
Diciembre	\$750.000,00	\$1.050.000,00	\$1.800.000,00
SALARIO PROMEDIO MENSUAL			\$1.597.656,25

Año 2017	1ª Quincena	2ª Quincena	Total Mensual
Enero	\$900.000,00	\$900.000,00	\$1.800.000,00
Febrero	\$825.000,00	\$675.000,00	\$1.500.000,00
Marzo	\$975.000,00	\$900.000,00	\$1.875.000,00
Abril	\$675.000,00	\$750.000,00	\$1.425.000,00
Mayo	\$900.000,00	\$1.125.000,00	\$2.025.000,00
Junio	\$1.050.000,00	\$1.125.000,00	\$2.175.000,00
Julio	\$975.000,00	\$1.125.000,00	\$2.100.000,00
Agosto	\$900.000,00	\$975.000,00	\$1.875.000,00
Septiembre	\$975.000,00	\$900.000,00	\$1.875.000,00
Octubre	\$1.050.000,00	\$825.000,00	\$1.875.000,00
Noviembre	\$1.050.000,00	\$975.000,00	\$2.025.000,00
Diciembre	\$900.000,00	\$932.812,00	\$1.832.812,00
SALARIO PROMEDIO MENSUAL			\$1.865.234,33

Año 2018	1ª Quincena	2ª Quincena	Total Mensual
Enero	\$1.050.000,00	\$975.000,00	\$2.025.000,00
Febrero	\$975.000,00	\$825.000,00	\$1.800.000,00
Marzo	\$1.050.000,00	\$975.000,00	\$2.025.000,00
Abril	\$825.000,00	\$975.000,00	\$1.800.000,00
Mayo	\$900.000,00	\$975.000,00	\$1.875.000,00
Junio	\$900.000,00	\$1.115.625,00	\$2.015.625,00
Julio	\$1.003.127,00	\$1.050.000,00	\$2.053.127,00
Agosto	\$975.000,00	\$1.050.000,00	\$2.025.000,00
Septiembre	\$975.000,00	\$975.000,00	\$1.950.000,00
Octubre	\$2.025.000,00		\$2.025.000,00
Noviembre	\$900.000,00	\$975.000,00	\$1.875.000,00
Diciembre	\$450.000,00	\$975.000,00	\$1.425.000,00
SALARIO PROMEDIO MENSUAL			\$1.907.812,67

iii) PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES. Con base en los referidos salarios y dado que se declararon prescritas las primas de servicios y los intereses sobre las cesantías que se hicieron exigibles antes del 31 de diciembre de 2015, así como las vacaciones exigibles antes del 31 de diciembre de 2014, efectuados los cálculos correspondientes, se obtuvieron los siguientes valores:

CONCEPTO	CALCULADO	1ª INSTANCIA
Cesantías	\$11.166.224	\$8.883.088
Intereses a las Cesantías	\$867.984	\$228.967
Prima de Servicios	\$5.370.703	\$5.724.186
Vacaciones	\$4.068.655	\$3.816.124

Para definir la prescripción, se tuvo en cuenta que no fueron objeto de apelación las fechas de prescripción parcial declaradas en primera instancia, pues el recurso centró su inconformidad en la no prescripción de las cesantías dado que había existido más de un vínculo laboral –lo cual no se probó como se vio en acápites previos-, así como en considerar que se debían declarar prescritos los intereses sobre las cesantías de 2012 a 2014, las vacaciones de 2012 y 2013 y las primas de servicio de 2012 y 2015, calendas que, como se puede observar, no riñen con el contenido de la sentencia atacada.

En este orden de ideas y “a fin de no transgredir el principio de no reformatio in pejus”¹⁹, según lo dispuesto en los artículos 31 de la Constitución Política Nacional y 328 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, únicamente se modificará la decisión apelada en cuanto a la condena al pago de las primas de servicios adeudadas por el valor de \$5.370.703, por ser la única suma que resultó inferior a las contenidas en la sentencia de primera instancia, y se confirmará la condena impuesta respecto de las demás acreencias referidas.

iv) SANCIONES MORATORIAS. Declarada la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos –por ser materia del recurso- el derecho al pago de las indemnizaciones que regulan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, que imponen el pago de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías a un fondo y la mora en el pago completo de salarios y prestaciones causados al finalizar el vínculo laboral, respectivamente.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4866-2021 Rad. 82444 MM.PP. GERARDO BOTERO ZULUAGA y FERNANDO CASTILLO CADENA.

Si bien dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas del empleador de no estar obligado a la consignación o al pago, según corresponda, o de situaciones sobrevinientes que le hicieran imposible cumplir tales obligaciones, como el caso fortuito, o su inclusión en procesos de liquidación empresarial. Ninguna de las cuales se demostró en el expediente.

No es una razón plausible para negar el pago, que se hubiera suscrito un contrato de prestación de servicios independientes, máxime cuando la ejecución del mismo no probó haberse desarrollado en los términos de autonomía e independencia alagados, como se dijo en acápites previos. En materia laboral prima la realidad sobre las formas y al trabajador le está vedado, por mandato constitucional, renunciar a los derechos que puedan surgir de esa realidad.

Así las cosas y en respuesta al recurso de apelación, dado que se evidenciaron salarios inferiores al declarado en primera instancia, corresponde efectuar los cálculos correspondientes, para lo cual se tendrá en cuenta el salario promedio de cada anualidad, para la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y el último salario promedio devengado, en el caso de la sanción del artículo 65 del CST, según lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia²⁰:

CONCEPTO	CALCULADO	1ª INSTANCIA
Sanción moratoria Art. 99 Ley 50 de 1990 (desde el 01/01/2016)	\$63.794.023	\$68.690.160
Sanción moratoria Art. 65 del CST (primeros 24 meses)	\$45.787.504	\$45.793.488

En un sentido semejante al del acápite anterior, para definir la prescripción se tuvo en cuenta que no fue objeto de apelación la fecha de prescripción parcial de la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues la sentencia la

²⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3563-2017 Rad. 49738 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

declaró prescrita antes del 31 de diciembre de 2015 y el recurso centró su inconformidad en que debía declararse probado dicho medio exceptivo para los años 2012 a 2015.

En este orden de ideas se modificará la sentencia apelada y se condenará a la demandada al pago por los valores antes señalados, teniendo en cuenta que, como se dijo, la indemnización por no consignación de cesantías se calculó conforme al salario del año en mora correspondiente a partir del 1º de enero de 2016 y hasta el último día de trabajo, y la de no pago de prestaciones y salarios al terminar el vínculo se contabilizó por los primeros 24 meses a partir del día siguiente a la desvinculación con base en un salario diario de \$63.593,76, y a partir del primer día del mes 25 y hasta el momento en que se verifique el pago, se reconocerán sobre los salarios y prestaciones adeudadas los intereses a la tasa máxima para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

v) COSTAS. Se confirmará la condena en costas a la demandada, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotada en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

vi) INDEXACIÓN. No habrá lugar a pronunciarse sobre este punto, como quiera que si bien en la parte considerativa de la decisión de primera instancia se indicó que la indemnización por no consignación de las cesantías debería pagarse de manera indexada, dicha condena no se encuentra contenida en la parte resolutive de la sentencia.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** los numeral primero y segundo de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **DECLARAR** que el contrato de trabajo existente entre CÉSAR ARMANDO CORCHUELO SARMIENTO y CABLE NOTICIAS TV S.A.S., estuvo vigente del 5 de julio de 2012 al 31 de diciembre de 2018, y el último salario mensual promedio fue de \$1.907.812,67.
2. **MODIFICAR** el numeral tercero de la referida providencia para definir que la **CONDENA** a la demandada al pago de las primas de servicios asciende a \$5.370.703, y el valor de la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 asciende a \$63.794.023, sin modificación en los demás rubros, acorde a lo motivado.
3. **MODIFICAR** el numeral cuarto de la referida providencia para definir que la **CONDENA** a la demandada al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST asciende a \$45.787.504 por los primeros 24 meses de mora con base en un salario diario de \$63.593,76, y, a partir del primer día del mes 25 y hasta el momento en que se verifique el pago corre como intereses a la tasa máxima para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre los salarios y prestaciones adeudadas, acorde a lo motivado.
4. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
5. **COSTAS** a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

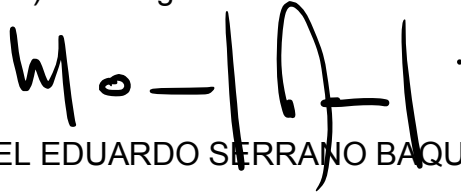


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ELÍAS BOTERO MEJÍA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2021 por la Juez Segunda (2ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a los doctores Claudia Liliana Vela, abogada inscrita a CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., y Jheisson Santiago Garzón Piamonte, quienes se identifican con T.P. 123.148 y 277.810, para actuar como apoderados principal y sustituto, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder, el certificado de existencia y representación legal y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ELÍAS BOTERO MEJÍA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido 13 de junio de 2001, con fundamento en que su traslado a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., se encuentra viciado de hecho por la indebida información suministrada, pues no se le indicaron las implicaciones de su decisión, la naturaleza de dicho fondo, desventajas, escenarios comparativos ni alternativas al mismo. El 6 de marzo de 2017 solicitó traslado de régimen, el cual fue aprobado por COLPENSIONES; no obstante, el 16 de octubre de 2019 le señalan que el mismo no se pudo constatar debido a que no cumple el requisito de tener 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994. Como consecuencia de lo anterior, pide se active la afiliación y se actualice su historia laboral en COLPENSIONES, y se ordene a la AFP el traslado de todas las cotizaciones efectuadas, aportes, rendimientos, cuotas de administración, *bonos pensionales*, comisiones y todos lo recibido durante su vinculación (ver demanda de folios 1 a 26).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, previo suministro información amplia y oportuna acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional del afiliado. Así mismo, las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, el presunto vicio

deriva en nulidad relativa, la cual es saneable por ratificación, que se entiende con los más de 20 años de afiliación sin que se hubiera presentado inconformidad alguna. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación del actor al sistema. Advierte que el demandante ese encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previo a ello. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos se descontaron por disposición legal y ya cumplieron su cometido legalmente establecido, como lo ha advertido la Superintendencia Financiera. De ordenarse dicha devolución, habría que descontar los rendimientos generados en virtud de las restituciones mutuas, sumado a que, al no destinarse a financiar la pensión, son susceptibles de prescribir. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en CD 2 y 3 archivo 08 folios 2 a 37).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, según formulario de afiliación suscrito libre y voluntariamente, sin que obre medio probatorio alguno que acredite lo contrario. Lo que sí se evidencia es la negligencia del actor en consultar su situación pensional, lo cual era su obligación como consumidor financiero. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, al no ser beneficiario del régimen de transición. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del*

sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica (ver contestación en CD 2 y 3 archivo 09.1 folios 4 a 43).

Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de noviembre de 2021, mediante la cual la Juez Segunda (2ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que el demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Agregó que, no se encontró confesión alguna en tal sentido en el interrogatorio de parte rendido por el actor. La acción es imprescriptible al encaminarse a corroborar la existencia un *hecho o estado jurídico* surgido con anterioridad al inicio de la litis.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado del señor ELÍAS BOTERO MEJÍA del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR el 13 de junio de 2001, con fecha de efectividad del 1 de agosto de la misma anualidad, y consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten. SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor ELÍAS BOTERO MEJÍA, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros,*

bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegó a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. TERCERO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por el señor ELÍAS BOTERO MEJÍA y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que el accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de ELÍAS BOTERO MEJÍA al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad, y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de su afiliación inicial. QUINTO: ABSOLVER en lo demás. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia. SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del CPTSS. OCTAVO: Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva de la sentencia” (Audiencia virtual del 9 de noviembre de 2021 – CD 3 archivo 15 Hora 1:06:07).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto no se acreditó, por quien tenía la carga probatoria, ninguno de los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), y se está frente a un

error de derecho que no tiene fuerza legal sobre la eficacia del acto. Nadie puede beneficiarse de los recursos ahorrados por otros afiliados, pues se descapitalizaría el RPM (Audiencia virtual del 9 de noviembre de 2021 – CD 3 archivo 15 Hora 1:08:48).

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderado también pidió que se revoque la decisión, por considerar que la parte actora no acreditó, como era su deber, las causales de ineficacia o nulidad en el traslado del demandante, pues se cumplieron los presupuestos de información y capacidad pertinentes, como se evidencia en el formulario de afiliación, único documento requerido para la época. Tampoco se hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado. No hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración, pues se hizo uso de los mismos conforme a la Ley (Audiencia virtual del 9 de noviembre de 2021 – CD 3 archivo 15 Hora 1:11:40).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento*

del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)."

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 42 años de edad y había cotizado 1008,59 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 6 meses y 23 días)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años de cumplir el

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES de folios 56 a 65 y en CD 2 y 3 archivo 09.1 folios 44 a 73.

² *Ibidem*.

requisito de edad de pensión (le faltaban 2 pues tenía 60 años de edad – ver folios 28 y 116).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así*

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión". En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) *"Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo";* (iii) *ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas, por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: "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"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) *la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable "en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos", y la acción para el efecto es imprescriptible "en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., no probó

haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que específicamente pudieran existir para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*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*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante pues indicó que su traslado se dio cuando en una reunión grupal en la empresa para la que trabajaba le dijeron que debía hacer cambio de fondo de pensiones pues el ISS se acabaría, por lo que se quedaría sin pensión si no lo hacía, y les entregaron el formulario diligenciado sin recibir asesoría alguna (Audiencia virtual del 9 de noviembre de 2021 – CD 3 archivo 15 Min. 12:00).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a

sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ pues este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia, los valores se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.

3. COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA ESPERANZA HURTADO DULCEY
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2021 por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Angélica María Cure Muñoz, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien se identifica con T.P. 369.821, para actuar como apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a la doctora Oriana Espitia García, quien se identifica con T.P. 291.494, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido. De otro lado, se ACEPTA LA RENUNCIA presentada por el doctor Manuel Fernando Leyva Barreto, quien

se identifica con T.P. 143.105, como apoderado de demandante, pues se cumplen con los presupuestos establecidos en el artículo 76 del CGP.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA ESPERANZA HURTADO DULCEY presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en septiembre de 2002, con fundamento en que su afiliación a la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., se efectuó sin la debida información sobre las desventajas y ventajas de cada régimen, no efectuó la simulación financiera correspondiente, ni informó las implicaciones económicas de su decisión, lo que causó un vicio en su consentimiento. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación y actualizar su historia laboral, y a la AFP el traslado de todas las cotizaciones efectuadas, rendimientos, *bonos pensionales*, comisiones y todo lo recibido por su vinculación (ver demanda en archivo 01 folios 3 a 26).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la entidad no tuvo relación alguna en la decisión de traslado de la actora, quien se encuentra válidamente afiliada al RAIS, según formulario de afiliación suscrito libre y voluntariamente, el cual carece de notas de inconformidad, y sin que obre medio probatorio alguno que acredite dicha situación. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, al no ser beneficiaria del régimen de transición. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *descapitalización del sistema*

pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada e innominada o genérica (ver contestación en archivo 01 folios 82 a 118).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, previo suministro información amplia y oportuna acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional de la afiliada. Las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, el presunto vicio es saneable por ratificación, que se entiende al no haber presentado inconformidad alguna durante el tiempo de la afiliación. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación de la actora al sistema. Advierte que la demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previamente. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos se descontaron por disposición legal y ya cumplieron su cometido legalmente establecido, como lo ha advertido la Superintendencia Financiera, sumado a que sería equivalente a exigir a la compañía de seguros que devuelva el valor de la póliza si no se presenta el riesgo amparado. De ordenarse dicha devolución, habría que descontar los rendimientos generados en virtud de las restituciones mutuas, sumado a que, al no destinarse a financiar la pensión, son susceptibles de prescribir. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su

defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido pro ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 03 folios 39 a 64).

Terminó la primera instancia con sentencia de 22 de noviembre de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez, pese a considerar que la actora no fue solidaria con el sistema pensional, aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Se DECLARA la ineficacia del traslado de la señora MARTHA ESPERANZA HURTADO DULCEY al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PORVENIR, y en consecuencia se ordena a esta AFP trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos. SEGUNDO: Se CONDENA a PORVENIR a pagar con su propio patrimonio, la disminución del capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció afiliada al fondo privado, como se advirtió en la parte motiva. TERCERO: Se CONDENA a COLPENSIONES a volver a afiliar a MARTHA ESPERANZA HURTADO DULCEY al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. CUARTO: Se CONDENA EN COSTAS a PORVENIR. Señalamos como agencias en derecho \$1.000.000, que se incluye en la liquidación de costas. Sin costas para COLPENSIONES. QUINTO: De no apelarse la decisión se remite al Tribunal Superior de Bogotá*

- *Sala Laboral para que se estudie en consulta*” (Audiencia virtual del 22 de noviembre de 2021 – archivo 17 Min. 41:22).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto se debió condenar a la AFP al resarcimiento de los derechos que se dicen vulnerados, en aplicación íntegra del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. La decisión de traslado afecta la estabilidad financiera del esquema solidario del RPM, máxime cuando COLPENSIONES es ajena al acto de afiliación y al deber de información de la AFP (Audiencia virtual del 22 de noviembre de 2021 – archivo 17 Min. 43:00).

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderado también pidió que se revoque la decisión, por considerar que el traslado se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos para el año 2002. Previo a 2019 la demandante no se preocupó por averiguar por su futuro pensional, lo que muestra su falta al deber de informarse como consumidora financiera. La inconformidad de la demandante, según señaló en interrogatorio de parte, corresponde al interés económico que se genera al considerar que su pensión en el RAIS podría ser inferior a la del RPM; no obstante, del acervo probatorio no se evidencia que con el traslado pudiera acceder a una pensión en dicho régimen y es claro que la indemnización sustitutiva –del RPM- es muy inferior a la devolución de aportes –del RAIS-. No hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración, los cuales se descuentan en ambos regímenes pensionales, y se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien no ha efectuado ningún acto de administración sobre las cotizaciones. En cuanto a las primas del seguro previsional, las mismas fueron pagadas a la aseguradora, quien brindó la cobertura correspondiente durante la afiliación de la actora (Audiencia virtual del 22 de noviembre de 2021 – archivo 17 Min. 46:00).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto

constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 41 años de edad y había cotizado 229,71 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 5 meses y 18 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver archivo 01 folios 28 y 60).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según

¹ Ver historia laboral actualizada ante COLPENSIONES – archivo 01 folios 29 y 32 y en expediente administrativo – carpeta 02.

² *Ibidem*.

³ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del*

el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *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 este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “*Ni la legislación ni*

derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

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” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*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*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que su traslado se dio cuando ingresó a trabajar luego de una temporada sin cotizar, momento en que firmó varios documentos sin verificar siquiera de qué se trataba, sin recibir ningún tipo de información ni tener contacto con un asesor de la AFP (Audiencia virtual del 22 de noviembre de 2021 –archivo 17 Min. 11:12).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

DECISION

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



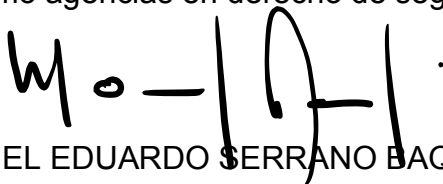
MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 35 2019 00817 03

Martha Esperanza Hurtado Dulcey Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [unclear]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS HERNANDO MONTEALEGRE SALGADO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2021 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS HERNANDO MONTEALEGRE SALGADO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en mayo de 1996, con fundamento en haber sido inducido a error, pues el asesor de COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., no era experto ni profesional en relación con los regímenes pensionales y se

limitó a indicarle que se pensionaría de manera anticipada y con una mesada mayor al ISS y que de no trasladarse perdería los aportes, que su única oportunidad de recuperarlos era con el traslado al RAIS, y que el bono pensional de sus aportes al ISS sería redimido 6 meses después de su afiliación y empezaría a generar rendimientos. No le informó sobre los efectos y consecuencias de su decisión, ni sobre las diferencias, ventajas y desventajas entre los regímenes o cuál le sería más beneficioso en su caso concreto, ni cuál sería el valor de su mesada pensional. Previo al presente trámite evidenció que la mesada que obtendría en el RPM sería muy superior a la que le ofrece el RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se declare la afiliación en COLPENSIONES, y se ordene a la AFP el traslado de las cotizaciones, *bonos pensionales*, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, frutos, intereses y rendimientos (ver demanda en carpeta 01 archivo 01 folios 5 a 41).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría, realizada por personal debidamente capacitado, de manera objetiva, íntegra, clara y responsable acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, así como sobre las normas que regulan el traslado, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para la época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. Resaltó que el demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto o de la posibilidad de trasladarse al RPM antes de estar incurso en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento para el efecto con base en la variación del monto de su mesada pensional, máxime cuando el mismo no era posible de determinar al momento de la afiliación, dadas las variaciones normativas, salariales, financieras y

demás que se han presentado a lo largo de estos años. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración ni de alguna suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues éstos generaron rendimientos mientras estuvieron en su poder, con los cuales se efectuó su traslado a la actual administradora a la que se encuentra afiliado el actor. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa* (ver contestación en carpeta 04 archivo 02 folios 1 a 23).

También contestó la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la afiliación se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley vigente, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento ni sea exigible documental adicional a la vigente para la época del traslado. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui géneris de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del*

principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción e innominada o genérica (ver contestación en capeta 05 archivo 02 folios 1 a 19).

Terminó la primera instancia con sentencia de 23 de noviembre de 2021, mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA S.A., no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que el demandante tomó una decisión consiente e informada, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación. Señaló que no hay lugar a declarar la prescripción de la acción ni del cobro de los dineros descontados por gastos de administración, por tratarse de un derecho íntimamente ligado con la prestación pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor LUIS HERNANDO MONTEALEGRE, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 9 de mayo de 1996 a través de la AFP COLMENA, hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra. TERCERO: CONDENAR a la*

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante, durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por concepto de gastos de administración, comisiones o cualquier otro tipo de concepto. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante LUIS HERNANDO MONTEALEGRE, los dineros recibidos de la AFP. QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la AFP PROTECCIÓN S.A. Líquidense con la suma de agencias en derecho la suma de \$900.000. SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS” (Audiencia virtual del 23 de noviembre de 2021 – carpeta 12 archivo 01 Min. 49:53).

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES en el recurso pide que se revoque la decisión, por considerar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en cuanto dicha entidad es ajena a la declaratoria de la ineficacia de traslado al no tener relación con la decisión del demandante. La decisión afecta el equilibrio financiero de la entidad establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, mientras que la AFP responsable no asume las consecuencias de su accionar. Resaltó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición. Solicita se analicen las particularidades del caso al no estar frente a un derecho adquirido. En caso de confirmar la decisión, pide que se condene a la AFP al pago de los perjuicios económicos generados a COLPENSIONES (Audiencia virtual del 23 de noviembre de 2021 – carpeta 12 archivo 01 Min. 51:44).

En el recurso de PROTECCIÓN S.A., su apoderada solicita que se revoque parcialmente la decisión en lo que respecta a la orden de devolución de gastos

de administración, pues se trata de comisiones causadas durante la afiliación del demandante que también serían descontados en el RPM. Ordenar su devolución junto con los rendimientos generados constituye un enriquecimiento sin causa, pues COLPENSIONES no ha efectuado gestión alguna sobre tales dineros, y estos últimos superan ampliamente el valor descontado como contraprestación de la buena gestión de la AFP, por lo que se deben tener en cuenta las restituciones mutuas que da lugar a que conservar estos últimos. En todo caso, sobre tales valores opera la prescripción por no financiar la prestación pensional del actor (Audiencia virtual del 23 de noviembre de 2021 – carpeta 12 archivo 01 Min. 55:07).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en*

consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)."

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 444,29 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 5 meses y 17 días)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 60 años de edad – ver carpeta 01 archivo 01 folios 43 y 126).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el expediente administrativo - carpeta 05 subcarpeta 03.

² *Ibidem*.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *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 este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “Si

³ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -para la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“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”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Indicó que su traslado en mayo de 1996 se dio cuando un asesor de COLMENA S.A. llegó a su lugar de trabajo y en una reunión grupal de 15 a 20 minutos les indicó que dicho fondo era el mejor opción pues el ISS se iba a terminar, mientras que en la AFP podrían pensionarse *más joven* y con *mejor pensión*, entre otros beneficios que tendrían. No recibió información acerca de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, heredabilidad de dineros ni los requisitos o la forma en que se calcularía su prestación (Audiencia virtual del 23 de noviembre de 2021 – carpeta 12 archivo 01 Min. 11:12).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen, y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y las sumas descontadas a título de gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier

causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en atención a los argumentos señalados en la apelación, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

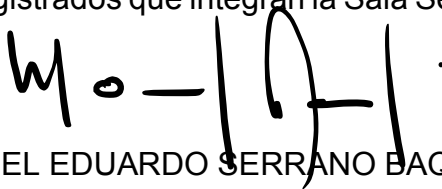
RESUELVE

⁵ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,

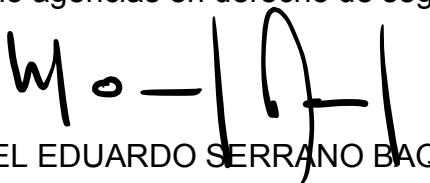


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JAIRO ARTURO TRIANA MUÑOZ CONTRA
JAL INGENIEROS LTDA., ANDREA CAROLINA HERRERA, JUAN PABLO
LIMPIAS y ALMACENES ÉXITO S.A.**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por los demandados JAL INGENIEROS LTDA., ANDREA CAROLINA HERRERA y JUAN PABLO LIMPIAS, contra la sentencia dictada por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de agosto de 2021. En ella, DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre demandante y la referida sociedad y CONDENÓ a ésta y solidariamente a las personas naturales en mención hasta el monto de sus aportes, a pagar las primas de servicio, el auxilio de cesantías con sus intereses, las vacaciones y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo debidamente indexadas, la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo, los *aportes* a seguridad social en pensiones *a entera satisfacción de la AFP* y costas, los ABSOLVIÓ de las demás pretensiones y a ALMACENES ÉXITO S.A. de todas ellas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JAIRO ARTURO TRIANA MUÑOZ presentó demanda contra la JAL INGENIEROS LTDA., para que, mediante los trámites

de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó el demandante por *justa causa* y, en consecuencia, se condene al pago de salarios, las cesantías y sus intereses, las primas de servicio, las vacaciones, las indemnizaciones por terminación unilateral del contrato por el trabajador con justa causa y por *despido* sin autorización previa del Ministerio de la protección social, y las moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y no pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo y *pensión*.

Como fundamento de lo pedido, afirma que celebró contrato escrito de trabajo por la duración de la *labor contratada* con JAL INGENIEROS LTDA., ANDREA CAROLINA HERRERA y JUAN PABLO LIMPIAS, para laborar como *oficial de construcción*, la cual desarrolló de forma personal, habitual y continua desde el 27 de febrero de 2015 en un horario de 7:00 a.m. a 6:00 p.m. La referida sociedad fue contratada por ALMACENES ÉXITO S.A. para realizar una obra de ingeniería en la *INDUSTRIA DE ALIMENTOS DEL GRUPO ÉXITO S.A.* La labor fue desarrollada por el actor sin recibir sanciones ni llamados de atención ni suscribir otro contrato. El salario pactado fue de \$718.350 más una bonificación de \$555.650, para un total de \$1.274.000. El 11 de abril de 2015 sufrió una lesión en hombro y brazo derecho al manipular un *rototaladro*, por *desgarro supraespinoso* asociado a síndrome del manguito rotador, *epicondilitis media lateral*, síndrome de túnel carpiano y atrapamiento del nervio cubital. A partir de entonces empezó a recibir incapacidades por 30 días cada una, las cuales fueron reconocidas por CAFESALUD hasta el día 180 y a partir de entonces las asumió la AFP PROTECCIÓN a las que se encontraba afiliado. El 22 de septiembre de 2016 la citada administradora y Suramericana Seguros de Vida S.A. calificaron la enfermedad como de origen común con pérdida de capacidad del 22,4% y fecha de estructuración el 19 de septiembre previo. La calificación fue impugnada y se encuentra en conocimiento de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. en enero de 2017 la demandada dejó de pagar los aportes a salud, pensión y ARL del actor, así como los salarios e incapacidades. Al acercarse a las instalaciones de su empleador –JAL INGENIEROS LTDA.- encontró que ya no operaba allí desde

el mismo mes de enero de 2017. El 12 de junio de 2017 el actor presentó renuncia unilateral con justa causa, mediante mensajería, la cual fue devuelta por cambio de dirección del destinatario. Posteriormente, gracias a compañeros de trabajo, encontró la dirección de los socios de la compañía – personas naturales demandadas- a donde envió la renuncia, la cual fue debidamente entregada, sin que la empresa haya aceptado la renuncia ni comunicado la terminación del vínculo (archivo 01 folios 11 a 38).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la ALMACENES ÉXITO S.A., mediante apoderado. Se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que dicha sociedad no es responsable por ninguna contingencia que pudiera surgir del vínculo del actor con JAL INGENIEROS LTDA. o sus socios, en tanto el contrato de obra fue adelantado por aquella con total autonomía e independencia, sin que dicha actividad guarde relación alguna con la actividad principal de ALMACENES ÉXITO S.A., por lo que tampoco habría solidaridad en su calidad de beneficiaria. Propuso como excepciones de fondo: *falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad, prescripción y genérica* (archivo 01 folios 434 a 440).

A través de curadora *ad litem*, JAL INGENIEROS LTDA., ANDREA CAROLINA HERRERA y JUAN PABLO LIMPIAS, contestaron la demanda. Manifiestan que el actor únicamente prestó labores entre el 27 de febrero y el 13 de abril de 2015, fecha a partir de la cual no volvió a presentarse y radicaba de manera tardía las incapacidades otorgadas, presentándose interrupciones de hasta un mes de ausencias no justificadas, sin que se hubiera recibido incapacidad alguna después de agosto de 2016, fecha en que la empresa debió trasladar su sede por dificultades económicas. Pese a lo anterior, la sociedad demandada continuó con el pago de salarios, prestaciones y vacaciones durante todo el vínculo laboral hasta la terminación de la obra suscrita con ALMACENES ÉXITO S.A. en enero de 2017, fecha para la que se desconocía el estado de incapacidad del actor y, en todo caso, al haberse suscrito un contrato de duración por la obra determinada, se configuró una

causal objetiva de terminación, momento en que cesó la obligación de pago de salarios y aportes. Resaltó que el accionante tenía los teléfonos de la secretaria y los coordinadores de la empresa, por lo que pudo contactarlos para conocer la nueva dirección de ésta. Propuso como excepciones de fondo: *falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, compensación e innominada o genérica* (archivo 02 folios 17 a 26).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de agosto de 2021, en la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre demandante y la referida sociedad y CONDENÓ a ésta y solidariamente a las personas naturales en mención hasta el monto de sus aportes, a pagar las primas de servicio, el auxilio de cesantías con sus intereses, las vacaciones y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo debidamente indexadas, la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo, los *aportes* a seguridad social en pensiones *a entera satisfacción de la AFP* y costas, los ABSOLVIÓ de las demás pretensiones y a ALMACENES ÉXITO S.A. de todas ellas.

Para tomar su decisión, el Juez encontró probada la suscripción del contrato de trabajo con JAL INGENIEROS LTDA., pero al no determinarse plenamente la obra o labor a realizar, se debe entender que el vínculo fue a término indefinido, el cual terminó el último día para el que recibió incapacidad y no se reintegró a sus labores. No encontró justificada la *desalarización* de una porción de lo percibido por el actor, por lo que lo entendió incluido en el *salario real* conforme al cual calculó prestaciones y vacaciones adeudadas. Al no acreditarse buena fe por parte de la accionada, condenó a las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías y no pago al finalizar el vínculo. Debido a que el accionante estaba incapacitado, no encontró salarios adeudados, máxime cuando el auxilio por incapacidad recae en las entidades de seguridad social. No se acreditó la renuncia justificada aducida por el actor, ni que el mismo haya sido desvinculado en razón de su condición de salud.

Como la empleadora es una sociedad de personas –sociedad limitada–, declaró solidariamente responsables a sus socios. Advirtió que no se acreditó la vinculación del actor para laborar en obra contratada a favor de ALMACENES ÉXITO S.A., por lo que no puede declarársela solidariamente responsable.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante JAIRO ARTURO TRIANA MUÑOZ en condición de trabajador y la sociedad JAL INGENIEROS LTDA., en condición de empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente al menos en el lapso comprendido entre el 27 de febrero del 2015 y el 10 de marzo del año 2017. Lo anterior de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a JAL INGENIEROS LTDA., y solidariamente a sus socios ANDREA CAROLINA HERRERA y JUAN PABLO LIMPIAS, en relación con estos dos hasta el monto de sus aportes o su participación en la sociedad, a pagarle al demandante las sumas de dinero que a continuación se relacionan por los siguientes conceptos: A) \$2.021.930 por auxilio de cesantías. B) \$319.954 por intereses de cesantías. C) \$1.079.090 por sanción por no consignación de las cesantías en un fondo. D) \$2.509.925 prima de servicios. E) \$1.318.516 por compensación en dinero de vacaciones. F) \$31.040.808 por indemnización por falta de pago a razón de \$43.112 diarios a partir del 11 de marzo del 2017 por 24 meses. Lo anterior teniendo en cuenta que la asignación salarial asciende a un \$ 1.475.434. Como quiera que se dispone a cargo de estos demandados el reconocimiento de sumas de dinero por concepto de sanción por no consignación de las cesantías en un fondo y por compensación de vacaciones en dinero, las sumas respectivas deberán ser indexadas tomando para el efecto del IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico que corresponde al valor de estas específicas condenas, igual a valor indexado. Debiéndose tomar como índice inicial el correspondiente al mes de marzo del año 2017 y como índice final, el de la fecha en que se verifique el pago por parte de JAL INGENIEROS LTDA. o solidariamente por sus socios. TERCERO: CONDENAR a la demandada*

JAL INGENIEROS LTDA., y solidariamente a sus socios ANDREA CAROLINA HERRERA y JUAN PABLO LIMPIAS, hasta el monto de sus aportes estos últimos dos, a pagar en favor del demandante los aportes con destino al sistema general de pensiones, correspondientes al demandante en el lapso comprendido entre el 1º de enero y el 10 de marzo del año 2017, sobre un ingreso base de cotización de \$1,475.434 los cuales deberán ser consignados a entera satisfacción de la AFP PROTECCIÓN o de aquella en la que se encuentre afiliado el demandante. CUARTO: ABSOLVER a los demandados JAL INGENIEROS LTDA., y ANDREA CAROLINA HERRERA y JUAN PABLO LIMPIAS de las demás pretensiones formuladas en la demanda por el accionante. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. QUINTO: ABSOLVER a la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por lo señalado en la parte motiva de presente sentencia. SEXTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las condenas infligidas, y respecto de las absoluciones producidas, el Despacho se considera relevado del estudio de las planteadas. SÉPTIMO: COSTAS lo serán a cargo de la demandada JAL INGENIEROS LTDA., y solidariamente por ANDREA CAROLINA HERRERA y JUAN PABLO LIMPIAS, hasta el monto de sus aportes. En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en Derecho, la suma de \$3.000.000 en favor del demandante” (Audiencia virtual del 27 de agosto de 2021 – archivo 13 Min. 56:39).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, JAL INGENIEROS LTDA., ANDREA CAROLINA HERRERA y JUAN PABLO LIMPIAS manifestaron que en el expediente está demostrado que el contrato suscrito entre las partes es de *obra o labor contratada*, como lo evidencian las pruebas valoradas en conjunto, incluso en la contestación de ALMACENES ÉXITO S.A., y no a término indefinido como se declaró. Así mismo, considera que se probó la naturaleza *extrasalarial* del pago de la

bonificación pagada al actor, sin que esta hubiera sido desvirtuada en juicio, al punto que no se presentó la parte actora a audiencia de conciliación, ni a rendir su interrogatorio de parte ni a efectuarlo a los demandados. En consecuencia, no hay lugar a las condenas que se desprenden de dicho ajuste salarial. Finalmente, considera que se probó su buena fe, que los libraría del pago de la indemnización por falta de pago, en tanto válidamente entendieron que el contrato de trabajo había terminado en la fecha en que culminó la obra pactada y fue el demandante quien no se presentó a laborar en las instalaciones de la empresa (Audiencia virtual del 27 de agosto de 2021 – archivo 13 Hora 1:02:02)¹.

¹ “Muchas gracias su señoría. De manera respetuosa procedo a interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de proferir el despacho, puntualmente por los argumentos y en los aspectos que paso a exponer a continuación: En primer término eh... manifiesto mi inconformidad en relación con el salario que determino el Juzgado por cuanto tal y como se estableció en el contrato de trabajo eh... existe una suma de quinientos cincuenta y cinco mil pesos seiscien... quinientos cincuenta y cinco mil seiscientos cincuenta pesos (555.650) que fue pactada como bonificación extra salarial. Es importante eh... precisar que tanto la legislación como la jurisprudencia admiten que se acuerden este tipo de bonificaciones eh... como extra salariales, y en la medida en que en el presente proceso no fue desvirtuado el carácter extra salarial de dicha bonificación, debe tenerse como tal. Es importante tener en cuenta que el demandante no acudió a la audiencia de conciliación ni a absolver el interrogatorio de parte ni a formular el interrogatorio de parte a mi representado, que hubiera sido la oportunidad para desvirtuar ese carácter extra salarial de la bonificación, en consecuencia he conseguido que debió haberse tomado como salario percibido del salario mínimo sin tener en cuenta la parte extra salarial y obviamente eso a su vez pues tiene incidencia en las en las condenas que se impartieron partiendo de dicho salario, que también considero deben ser revocadas. Así mismo ehm... eh... manifiesto mi inconformidad en cuanto al a la naturaleza que se le asignó al a la relación laboral existente por cuanto es claro que se trató de un contrato por duración de la obra o labor contratada no solo porque dentro del mismo contrato esta así establecido sino porque también de... puede deducirse de esta manera de los hechos narrados en la demanda de los hechos narrados también en la contestación de Almacenes Éxito, al hacer un análisis conjunto de todas esas pruebas, se pone en evidencia y salta a la luz que efectivamente se trató de un contrato obra o labor contratada eh... de una relación, perdón, por duración de obra o labor contratada eh...en virtud de, de un contrato que se celebró con almacenes éxito para, para, para sus bodegas. De hecho también está claro que la labores y la labor del demandante se, se desempeñó en dicha dirección, entonces, insisto, considero que efectivamente está claro que se trató de un contrato por duración de obra a labor contratada que termino efectivamente cuando se culminó dicho contrato que fue en el mes de enero de dos mil diecisiete (2017). Así mismo eh... manifiesto mi inconformidad en cuanto a la manifestación hecha por el despacho en el sentido en que mi representada no demostró su buena fe, lo cual insidioso en la condena a la indemnización por falta de pago eh... considero eh... su señoría y honorables magistrados que efectivamente si logro demostrar su buena fe por cuanto primero eh... el, el contrato termino por duración de obra o labor contratada de manera normal no porque haya existido un despido indirecto. Segundo eh... tal y como manifestó también mi representada y no fue desvirtuado fue el demandante quien dejo de presentarse a las instalaciones de mi representada a laborar y pues por esta razón eh... mi representada pues tuvo la convicción de que había terminado en dicho momento, luego la razón por la que no se cancelaron eventualmente las prestaciones no obedeció a mala fe sino a su plena convicción de que la relación laboral había terminado cuando termino el contrato con Almacenes Éxito. De esta manera dejo debidamente presentado y sustentado mi recurso de apelación por los eh... puntos que expuse anteriormente y pues por teniendo en cuenta la incidencia que dicho puntos de ataque tengan en las

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala, por encontrarse contenidos en la sentencia y no haber sido objeto de apelación: (i) que entre el demandante y JAL INGENIEROS LTDA., se suscribió un contrato de trabajo por *obra o labor determinada* para el cargo de *oficial de construcción* el 27 de febrero de 2015; (ii) que en el contrato las partes pactaron el pago de una *bonificación extra-salarial* por \$555.650; (iii) que la demandada no tuvo en cuenta la referida bonificación para el cálculo de prestaciones adeudadas a la finalización del vínculo (folios 3 a 7, 11, 12, 16, 77 a 82 y 86 a 90).

Así las cosas, la discusión que puede estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir: (i) si entre las partes existió un vínculo laboral por *obra o labor contratada* o a término indefinido y su fecha de finalización; (ii) cuál es la naturaleza –salarial o no- de la *bonificación extra-salarial* pactada por las partes en el contrato de trabajo; y (iii) si procede o no el pago de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, de que trata el artículo 65 del CST.

i) MODALIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO - EXTREMOS. Frente a la primera materia propuesta como objeto de la apelación, el artículo 37 y 38 del CST indica que el contrato de trabajo no requiere formalidad alguna para su validez, salvo norma en contrario, y se puede celebrar de forma escrita o verbal, caso este último en que se requiere como mínimo acuerdo entre las partes respecto de la índole del trabajo y lugar de realización, cuantía y forma de remuneración y la duración del vínculo. El artículo 45 *ibídem*, refiere que el contrato podrá “*celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la*

condenas eh... patrimoniales que culmino el despacho. De esta manera dejo debidamente sustenta... presentado y sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias su señoría”.

*realización de una obra o labor **determinada**, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional accidental o transitorio”.*

Por ello, para que un contrato de trabajo de duración definida por obra o labor determinada pueda operar válidamente en la realidad, debe existir como requisito previo e ineludible una obra o una labor de realización temporal **definida** a la cual se vinculará el trabajador y que será la materia o causa del contrato de trabajo, la cual debe estar claramente señalada en el texto del contrato de trabajo. Si no se hace, pierde vigencia la modalidad contractual de duración definida por obra o labor contratada y entra a operar la norma general que dispone la modalidad de duración *indefinida* por falta de estipulación válida en contrario, conforme la cláusula general contenida en el artículo 47 del CST que establece una modalidad presunta del contrato de trabajo en lo que respecta a su duración *-la de tiempo indefinido de ejecución-*, a la cual debe acudir el juzgador para desatar las controversias que se pongan a su conocimiento cuando en el proceso judicial no se acrediten las formalidades o los requisitos que las normas exigen para la validez material de otras modalidades contractuales, caso en el cual el vínculo tendrá vigencia mientras subsistan las causas y la materia que le dieron origen.

Así pues, con el fundamento normativo expresado y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto declaró que entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo con tiempo de duración o término indefinido entre el 27 de febrero de 2015 y el 10 de marzo de 2017, pues si bien las partes denominaron formalmente como contrato de obra o labor el pacto celebrado, se limitaron a señalar que como “*Obra o Labor Contratada: OFICIAL DE CONSTRUCCION (sic)*” (carpeta 08 archivo “*CONTRATO HOJA DE VIDA RETIRO DE CESANTIAS CURSO Y DOCUMENTOS JAL.pdf*” folios 26 a 28), con lo cual quedó indeterminada o indefinida la obra a la cual se adscribía. Si bien se allegó documento denominado “*PROGRAMA DE INDUCCIÓN PARA TRABAJADOR DE LA EMPRESA JAL INGENIEROS LTDA. PROYECTO MONTEVIDEO*” (*ibídem* folios 30 y 31), no se demostró a qué se refiere dicho proyecto ni si se trata del

alegado contrato suscrito con ALMACENES ÉXITO S.A.; ni sí el trabajo del actor se limitaba a dicho proyecto, máxime cuando en el contrato de trabajo se pactó la posibilidad de que los servicios fueran prestados *“en lugar distinto al inicialmente contratado”* y el trabajador se obligó a *“aceptar los cambios de oficio que decida el Empleador”*, lo que evidencia que los mismos no circunscribieron a una determinada obra o labor.

De todas formas y aún si se entendiera vinculado el demandante como trabajador para el presunto contrato suscrito entre JAL INGENIEROS LTDA. y ALMACENES ÉXITO S.A., resultarían insuficientes para entender la terminación de dicha obra o labor las comunicaciones dirigidas a algunos trabajadores con asunto *“Terminación del Contrato por Finalización de la Labor”* (carpeta 08 *“CARTAS TERMINACION DE CONTRATO MOTEVIDEO.pdf”*), pues lo que se debía acreditar era la culminación de la obra con un acta de entrega, u con otro medio probatorio que permitiera tener certeza al respecto, lo cual no ocurrió.

Aunado a lo anterior, y frente a la inconformidad planteada en la apelación sobre el extremo final del contrato, se advierte que, tal como lo señaló el juzgador de primera instancia, únicamente se tiene certeza sobre la existencia del vínculo hasta la culminación de la incapacidad más reciente otorgada al actor que fue allegada al plenario, correspondiente a la que corrió hasta el 10 de marzo de 2017 (carpeta 08 archivo *“INCAPACIDADES.pdf”* folio 1); será dicha fecha la que se tenga como fecha final del vínculo, por cuanto no se demostró la prestación del servicio después de la misma, ni se acreditaron incapacidades adicionales u otras razones.

ii) NATURALEZA SALARIAL DE LOS PAGOS RECIBIDOS. Para resolver sobre esta materia, se debe advertir que si bien el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autorizó la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, dicha posibilidad solo cabe frente a una *duda razonable* sobre la naturaleza salarial de los pagos que se pretenden excluir.

El pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales pagos que tienen claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería ineficaz. Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adoctrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene efectos de cosa juzgada constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces. Allí se dijo: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*. Advierte la Corte más adelante en la sentencia referida que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, *“Sin que ello implique –en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”*.

Por ello, para decidir controversias como la que se estudia, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del CST que permite la conciliación o transacción de derechos labores cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el juez laboral NO PUEDE otorgar validez al pacto de exclusión salarial que verse sobre pagos que tengan de forma cierta e indiscutible naturaleza salarial.

Pero una duda razonable sobre esta situación (es decir sobre el carácter retributivo del pago, o sobre su habitualidad, o sobre si constituye o no un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador) habilitará la transacción o

pacto mediante la cual las partes lo excluyan de la liquidación de los derechos laborales.

Con este criterio, y una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, el Tribunal encuentra clara la naturaleza salarial de la “*bonificación Extra-Salarial*” a que refiere el contrato de trabajo (carpeta 08 archivo “*CONTRATO HOJA DE VIDA RETIRO DE CESANTIAS CURSO Y DOCUMENTOS JAL.pdf*” folios 26 a 28), pues de su contenido ni de las demás pruebas allegadas al plenario, se deduce alguna *duda razonable* que permita entender que la misma no se encontraba dirigida a retribuir el trabajo del actor, ni se otorgara no “*para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones*”², razón por la cual no resulta válida su exclusión de la base salarial. Nótese que no se demostraron su destinación u otras razones que permitieran entender que no tenía naturaleza retributiva en los términos antes señalados. Por ello se deduce que retribuían directamente sus servicios en aplicación de la regla general establecida en el artículo 127 del CST (carácter retributivo –primera característica del salario-) ^{3 4}, pues además se pactó su pago de forma periódica “*QUINCENALMENTE – LOS DIAS (sic) 15 Y 30 DE CADA MES*”, y el trabajador podía destinar libremente las sumas que recibía por lo cual constituían un ingreso personal del demandante por oposición a los pagos que –en palabras del artículo 128- reciba el trabajador no para su beneficio personal sino para atender debidamente las funciones

² Artículo 128 del CST.

³ “*Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones*”.

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “*(...), esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018)*”.

encomendadas por su empleador como los gastos de representación (tercera característica del salario).

iii) SANCIÓN MORATORIA. Declarada la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos –por ser materia del recurso- el derecho al pago de la indemnización que regula el artículo 65 del CST cuando no se pagan oportunamente salarios y prestaciones.

Se debe recordar sobre la materia, que el artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y prestaciones causados en favor de sus trabajadores, y si bien dicha sanción no opera de forma automática e inexorable pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas, de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que lo hagan imposible (el pago) por situaciones de fuerza mayor o la inclusión en procesos de liquidación empresarial.

Ninguna de estas circunstancias se demostró en el expediente.

Refieren los apelantes que al haberse pactado un contrato de trabajo por obra o labor determinada, consideraron válidamente terminado el contrato del actor, con la consecuente cesación de la obligación de pago de salarios y prestaciones, una vez culminó el proyecto para el que éste habría sido contratado; no obstante, como se vio en acápites previos, no sólo no se demostró que el vínculo correspondiera fuera de duración definida por obra o labor, sino que tampoco se acreditó la fecha de terminación de la presunta labor, ni el pago de las acreencias parciales adeudadas para ese momento, como se señaló al momento de dictar condena en primera instancia, por lo que no resulta plausible la excusa de la pasiva para omitir el pago de las acreencias adeudadas al actor.

Habida cuenta de lo anterior y contrastado los medios probatorios arrimados, se confirmará entonces la sentencia apelada también en este punto.

Por el resultado del recuso las costas de segunda instancia corren a cargo de los demandados JAL INGENIEROS LTDA., ANDREA CAROLINA HERRERA y JUAN PABLO LIMPIAS.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de los demandados JAL INGENIEROS LTDA., ANDREA CAROLINA HERRERA y JUAN PABLO LIMPIAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

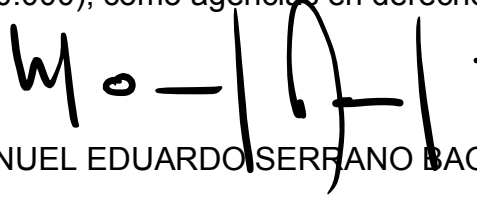


LORENZO TORRES ROSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE WILLIAM BARRETO RODRÍGUEZ LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2021 por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Lilian Patricia García González, quien se identifica con T.P. 187.952, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, WILLIAM BARRETO RODRÍGUEZ presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad*

o, en subsidio, la ineficacia e *inoperancia* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en 1º de marzo de 2001, con fundamento en que se le indujo a error por la omisión en el deber de información relativas a las características de los regímenes, prestaciones que obtendría, riesgos, beneficios, desventajas e implicaciones que tendría su cambio de régimen, ni sobre cuál régimen le era más conveniente. Tampoco se le informó sobre el derecho de retracto. Se le indicó únicamente que se podría pensionar a cualquier edad, sin indicarle las condiciones para acceder a dicha prestación ni efectuó proyecciones futuras. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, y se ordene a la AFP el traslado de los valores obtenidos en virtud de su afiliación como cotizaciones, *bonos pensionales* y rendimientos a que haya lugar (ver demanda en carpeta 01 archivo 02 y carpeta 04 archivo 02 folios 1 a 24).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría integral y completa acerca de las características, ventajas y desventajas del RAIS y el RPM, así como sobre las normas que regulan el traslado, la rentabilidad y el derecho de retracto, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria. La afiliación se efectuó según las normas legales vigentes para la época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación, sin que pueda excusarse en el desconocimiento de la Ley. Resaltó que el demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS sin manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento para el efecto, con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración ni de alguna

suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues, por el contrario, éstos generaron rendimientos mientras estuvieron en su poder, con los cuales se efectuó su traslado a la actual administradora a la que se encuentra afiliado el actor. Aún en caso de condena estos últimos rubros, también se debe tener en cuenta el término prescriptivo, pues no se trata de dineros encaminados al reconocimiento pensional. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago* (ver contestación en carpeta 10 archivo 02 folios 1 a 18).

También contestó la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto o efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación el artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en carpeta 11 archivo 02).

Terminó la primera instancia con sentencia de 14 de diciembre de 2021, mediante la cual la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLFONDOS S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que el demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Tampoco puede entenderse como ratificación de la voluntad el paso del tiempo, pues no puede ratificarse un acto que nunca *prestó* efectos jurídicos. Finalmente, no hay lugar a declarar la prescripción de la acción, por tratarse de un derecho íntimamente ligado con la prestación pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor WILLIAM BARRETO RODRÍGUEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, a través de COLFONDOS, fue ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que el demandante jamás se separó del régimen de prima media. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y las comisiones por administración, estas últimas deberán ser indexadas al momento del pago. Se le informa que no puede descontar dinero alguno por gastos que haya pagado por seguros previsionales o el porcentaje para la garantía mínima (sic). A COLPENSIONES se le ORDENA que reciba los dineros de que trata el numeral 2 y reactive la afiliación de la demandante, sin solución de continuidad, al régimen de prima media. CUARTO: Se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: Se le INFORMA a COLPENSIONES que tiene las acciones judiciales tendientes a obtener el*

resarcimiento de los eventuales perjuicios que la ineficacia pueda causar, y en contra de COLFONDOS. SEXTO: CONDENAR en costas a COLFONDOS dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000. SÉPTIMO: CONSÚLTESE de la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a COLPENSIONES.” (Audiencia virtual del 14 de diciembre de 2021 Min. 36:18).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada pide que se revoque la decisión, por considerar que el demandante uso del derecho de traslado de régimen pensional conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, momento en que la AFP proporcionó la información para el traslado de conformidad con las normas vigentes, sin que hubiera hecho uso de la posibilidad de trasladarse nuevamente. Era su deber como consumidor financiero informarse sobre las consecuencias de su decisión y su silencio da cuenta de aceptación. El demandante efectuó aportes ininterrumpidamente sin queja ni reclamación hasta 2019, momento en que, de manera tardía, presentó solicitud de afiliación a COLPENSIONES, pues se encontraba dentro de la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003 (Audiencia virtual del 14 de diciembre de 2021 Min. 37:43).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante

tenía 45 años de edad y había cotizado 232,43 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años, 2 meses y 11 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 65 años de edad – ver carpeta 04 archivo 02 folio 93 y archivo 03).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el expediente administrativo - carpeta 11 archivo 05.

² *Ibidem*.

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *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 este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “*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*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues,*

se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“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”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Indicó que su traslado en 2001 se dio al vincularse a un nuevo cargo, momento en que fue abordado por un asesor de COLFONDOS, quien sin explicación alguna le indicó que se afiliara a dicho fondo y le llenó el formulario correspondiente, por lo que creyó de buena fe que *iba a ganar* con ese cambio y no vio inmediatamente efecto alguno de su traslado, por lo que no hubo lugar a retracto. Sólo en recientes años, por experiencias de sus amigos, ha tenido duda acerca de los montos pensionales que recibirá en cada régimen teniendo en cuenta sus ingresos actuales (Audiencia virtual del 14 de diciembre de 2021 Min. 07:06).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como

“*saneamiento*” la permanencia o los posteriores traslados en dicho régimen y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP COLFONDOS S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Igualmente se confirmará la decisión de primera instancia que declaró que COPENSIONES podría obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para

⁵ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES.

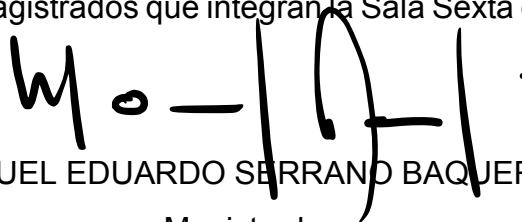
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

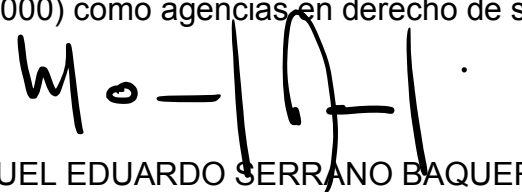
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 39 2020 00212 01

William Barreto Rodríguez Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
y Otra