



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 27-2020-00236-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN** contra la sentencia del 05 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato a término indefinido entre la demandante **GEORGINA ROSA RIVERA ZAMBRANO** y la empresa **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN** condenando a la demandada y solidariamente a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** a pagar la suma \$609.075 por concepto de vacaciones, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y absolvió de las demás pretensiones (*min. 00:22:39, “26AudienciaArt80yFallo2daParte”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

GEORGINA ROSA RIVERA ZAMBRANO llamó a juicio a **INDUPALMA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN**, antes **INDUPALMA LIMITADA** y a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 05 de noviembre de 2004 hasta

el 31 de julio de 2017, la tercerización laboral por parte de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA**, la calidad de beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, la terminación injusta del contrato de trabajo y, en consecuencia, se condene al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, devolución de pago de aportes pensionales, dotaciones, indemnización por despido, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho..

Fundamentó sus pretensiones en que el 05 de noviembre de 2004 inició labores al servicio de **INDUPALMA** en las plantaciones del Municipio de San Alberto hasta el 31 de julio de 2017 realizando labores de fertilización, deshierbe y demás labores propias del cultivo de palma, recibiendo como remuneración un salario mínimo legal mensual vigente; que dicha actividad laboral se hizo a través de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA**; que **INDUPALMA** terminó de manera unilateral e injustificada la relación laboral, que le quedaron adeudando 7 meses de salario, no fue afiliada a seguridad social por parte de **INDUPALMA** pero si por la Cooperativa asumiendo ella los costos de las cotizaciones; que no le reconocieron acreencias laborales legales y convencionales; y finalmente, que las demandadas fueron sancionadas por el Ministerio de Trabajo por realizar actividades de intermediación laboral (pág. 1 a 29, archivo “07Subsanacion”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN se opuso a la totalidad de las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las excepciones de *inexistencia del vínculo de la relación laboral*, inexistencia de obligaciones a cargo de INDUPALMA, ausencia de intermediación laboral entre INDUPALMA y la CTA MANO AMIGA, falta de título y causa, prescripción, buena fe de INDUPALMA hoy en liquidación, compensación y la innominada o genérica (pág. 1 a 23, archivo “10ContestacionIndupalma”).

Mediante providencia del 09 de marzo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** (archivo “13AutoTienePorContestadaYFijaFecha”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 00:22:39, archivo “26AudienciaArt80yFallo2daParte”).

El 05 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora GEORGINA ROSA RIVERA ZAMBRANO y la empresa INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA -INDUPALMA LTDA en liquidación existió un contrato de trabajo a término indefinido que estuvo vigente entre el 14 de noviembre del 2007 y el 31 de julio de 2017, en el que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA actuó como intermediaria, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a la empresa INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA a pagar a la demandante GEORGINA ROSA RIVERA ZAMBRANO la suma de \$609.075 por concepto de vacaciones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO:** DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción respecto de todos los salarios y prestaciones sociales tanto de origen legal como convencional reclamados y que se causaron con anterioridad al 10 de agosto de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO:** DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del vínculo de la relación laboral, inexistencia de obligaciones a cargo de INDUPALMA LTDA, ausencia de intermediación laboral entre INDUPALMA y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MANO AMIGA, falta de título y causa, buena fe de INDUPALMA LTDA hoy en liquidación y compensación formuladas por la demandada INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO:** CONDENAR en costas a las demandadas en la suma de \$500.000 como agencias en derecho. **SEXTO:** NEGAR las demás pretensiones de la demanda.”

Como fundamento de su decisión, la Juez expuso que conforme a las premisas fácticas y el acervo probatorio quedo probado que desde el 14 de noviembre de 2007 hasta el 31 de julio de 2017, la empresa **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA INDUPALMA EN LIQUIDACIÓN** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** mantuvieron un vínculo comercial, en virtud del cual la demandante desarrolló las actividades impartidas en los

cultivos de **INDUPALMA**. Sin embargo, que no quedó demostrado el extremo inicial reclamado en la demanda, esto es, 05 de noviembre de 2004, puesto que conforme con los contratos mercantiles celebrados entre las demandadas la vinculación ocurrió desde noviembre de 2007. Además, que la actividad realizada por la accionante no fue independiente, ni autónoma, ya que debía cumplir las órdenes impartidas por el supervisor, por lo que declaró la existencia del contrato de trabajo.

Dedujo que el vínculo asociativo existente entre **GEORGINA ROSA ZAMBRANO** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** se hizo para esconder la existencia de un verdadero contrato de trabajo subordinado con la beneficiaria del servicio, en la cual la Cooperativa fungía como intermediaria. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las prestaciones causadas con anterioridad al 10 de agosto de 2017, salvo las vacaciones causadas a partir del 14 de noviembre de 2015 y aclaró que la prescripción también afecta los aportes pensionales reclamados puesto que la pretensión estaba encaminada a que los dineros fueran reintegrados al patrimonio de la trabajadora y no con destino al fondo de pensiones, aclarando que se acreditó que se hicieron aportes a pensión teniendo como base un (1) SMLMV.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se absuelva a **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN** de las condenas impuestas. Adujo que la tercerización laboral no está prohibida, que entre la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** e **INDUPALMA LTDA** se celebraron distintos contratos mercantiles donde la Cooperativa prestó sus servicios conforme a su objeto social y por ello, en ningún momento se vulneró la Ley 79 de 1988, el Decreto 468 de 1990 y la Ley 1233 de 2008, ya que dentro de su estructura organizacional, **INDUPALMA** no tenía las actividades de vivero y previvero, quedando de esta manera acreditado, que la Cooperativa no operaba como empresa de servicios

temporales, ya que la misma informaba a sus asociados el lugar donde prestarían sus servicios, las funciones, el horario y las herramientas para desarrollar las actividades, es decir que la demandante dependía en tiempo, modo y lugar de la Cooperativa. Por tal razón, considera que nunca hubo subordinación de **INDUPALMA** al no haberse impartido órdenes, impuesto el reglamento de trabajo, horarios, dotación y herramientas de trabajo las cuales era suministradas de manera directa por la CTA MANO AMIGA (*min 24:45, archivo “26AudienciaArt80yFallo2daParte”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de la ninguna de las partes.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si hay lugar a la revocatoria de las condenas impuestas a la demandada **INDUPALMA**, al haberse declarado la existencia de contrato laboral a término indefinido entre la demandante y dicha sociedad, conforme a lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

- Sobre la existencia del contrato de trabajo

Para resolver la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST que definen al contrato de trabajo y sus elementos, y los

artículos 59 de la Ley 79 de 1988 y 10° del Decreto 4588 de 2006, que regula el trabajo asociado.

De acuerdo con estas normas, en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo diferentes, a saber: el que presta un trabajador en favor de terceros bajo contrato de trabajo (al cual le es aplicable la legislación laboral); y el que presta un asociado en favor de una cooperativa de la cual forma parte. Sobre esta última modalidad se ha pronunciado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para definir la validez de la estipulación normativa que excluyó al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, precisando sin embargo y claramente, que esta forma de vinculación no puede utilizarse de *“manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de [TERCERAS] personas naturales o jurídicas”* (Sentencia radicación 25713 del 6 de diciembre de 2006 y SL3436 de 2021).

Por ello, la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las personas naturales o jurídicas que fungieron como verdaderos empleadores del trabajador asociado, por haber sido los beneficiarios del servicio personal y haber ejercido en forma directa el poder subordinante propio del contrato laboral. En la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a la que se ha hecho referencia, se adoctrinó que no puede considerarse legal el trabajo de un trabajador asociado a terceros cuando se ejerce subordinación por parte del beneficiario del servicio, en la medida en que en la relación existente entre la cooperativa y el trabajador asociado no puede haber subordinación estrictamente laboral, en cuanto la relación no se rige por un contrato de trabajo (artículo 59 Ley 79 de 1988), y porque la delegación de la subordinación a un tercero se predica de otro tipo de relaciones jurídicas como la que surge entre una empresa de servicios temporales y una empresa usuaria.

Así las cosas y dada la vigencia del artículo 59 de la ley 79 de 1988 (declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000), cuando el servicio del asociado no se presta en favor de un tercero sino de la cooperativa, y la subordinación la ejerce ésta, la excepción normativa cobra vigencia. Pero cuando el servicio del asociado se presta en favor de un tercero y quien ejerce la dirección y subordinación de la relación es el tercero, se debe aplicar la legislación laboral que regula las prestaciones sociales mínimas del trabajador y las indemnizaciones que surgen del contrato de trabajo, utilizando al efecto bajo el principio constitucional del contrato realidad. Lo dicho, resulta coincidente con la prohibición prevista en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Luego, una vez reunidos los tres elementos del contrato de trabajo (servicio personal, subordinación y remuneración) éste existe y no deja de serlo por el nombre que se le dé, ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen (artículo 23 del CST); y para hacer efectiva esta disposición normativa, el 24 del mismo Código estableció una presunción legal de la cual se derivan consecuencias procesales.

Por ello en procesos como el que nos ocupa, dada la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, a la demandante que alega su ocurrencia le bastará con demostrar la prestación de servicios personales en favor del demandado, pues la carga de desvirtuar el hecho presunto (la subordinación) corresponde a éste, para lo cual deberá aportar al proceso evidencia de la cual se pueda obtener certeza judicial sobre autonomía técnica y directiva del contratista en el servicio ejecutado; es decir evidencia clara de ausencia de subordinación. Este elemento del contrato de trabajo implica para el empleador la posibilidad de impartir órdenes al trabajador sobre modo, tiempo, lugar, y cantidad de labor.

- **Sobre los indicios de relación de trabajo subordinada consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

Sobre este punto, la Recomendación 198 de 2006 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, referida a la relación de

trabajó¹, exhorta a los Estados a “*luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho*”. Además, que la existencia de una relación de trabajo “*debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes*”, con la posibilidad de que los estados:

1. Admitan una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
2. Consagren una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
3. Determinen previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.
4. Y consideren la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1439-2021 y SL3436 de 2021, entre otras, ha insistido que solo algunos de los indicios o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron consagrados en el artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho artículo hace una

¹ La Corte Constitucional, en sentencia SU555 de 2014, reiteró que las recomendaciones, por regla general, no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países.

mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo.

La anterior regla jurisprudencial ha sido ratificada en las sentencias SL3345 de 2021, SL3695 de 2021 y SL3777-2022, entre otras. En dichas providencias, la H. CSJ indicó que el artículo 23 CST consagró como “*indicios de determinación de relación subordinada*” el cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos, pero existen otros indicios recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, a saber:

- a)** Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020).
- b)** La exclusividad (SL460 de 2021).
- c)** La disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019).
- d)** La concesión de vacaciones (SL6621 de 2017).
- e)** Aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015).
- f)** Cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019).
- g)** El cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019).
- h)** La realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020).
- i)** El suministro de herramientas y materiales (SL981 de 2019).
- j)** El hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (SL4479 de 2020).
- k)** El desempeño de un cargo de la estructura empresarial (SL Rad 34.393 del 24 de agosto de 2010; SL2885 de 2019).
- l)** La terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).
- m)** La integración del trabajador en la organización de la empresa (SL4479 de 2020; SL5042 de 2020).

Finalmente, en la sentencias SL3436 de 2021 se analizó el criterio de integración del trabajador en la organización de la empresa, concluyendo la H. CSJ que una empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de un titular,

siendo indicio de subordinación que el empresario organice, de manera autónoma, sus procesos productivos e inserte al trabajador, dirigiendo y controlando su labor en pro de sus fines empresariales, ya que si el colaborador no tiene un negocio propio ni una organización empresarial con una estructura propia, medios de producción, especialización y recursos, se infiere que carece de autonomía propia de quien *realiza libremente un trabajo para un negocio*, siendo que en realidad *aporta su fuerza de trabajo al engranaje de un negocio conformado por otro*.

CASO CONCRETO

Con las reglas anteriores y una vez revisado el expediente, la Sala encuentra demostrada la prestación personal del servicio de **GEORGINA ROSA RIVERA ZAMBRANO** a favor de la demandada **INDUPALMA**, en la forma definida por el *a quo*, junto con la correspondiente remuneración, por lo que se presume la existencia de un contrato de trabajo, en los términos señalados en el artículo 24 del CST, presunción que no fue desvirtuada por la parte pasiva, siendo pertinente analizar y dar respuesta a cada uno de los interrogantes planteados en el recurso de apelación.

En este caso, **INDUPALMA** no logró acreditar que la demandante prestó un servicio de manera independiente y en ausencia de subordinación, situación que no alcanza a materializarse por el hecho de que la trabajadora hubiese firmado un convenio asociativo de trabajo.

En efecto, además de las pruebas documentales aportadas con la contestación, en especial las ofertas mercantiles para la provisión de procesos y/o subprocesos agrícolas (*pág. 40 a 243, archivo "10ContestacionIndupalma"*), se recaudó interrogatorio del representante legal de **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA**, Luz mantenimiento de vivero y previvero de palma africana en los campos de **INDUPALMA**, que **INDUPALMA** tenía un supervisor quien era el que daba las órdenes y por su intermedio ella se las trasmitía a los trabajadores asociados de la Cooperativa, que dicho supervisor, junto con ella, verificaban si labor quedaba bien y el horario de los asociados, que a veces las ordenes las impartía un ingeniero que si estaba vinculado con

la Cooperativa. Además, que **INDUPALMA** era quien realizaba las capacitaciones y en algunas ocasiones la Cooperativa, que los pagos realizados por **INDUPALMA** variaban de acuerdo con las labores cumplidas (*min.07:28, archivo "23AudienciaArticulo80"*) Y aunque manifestó que la accionante fue retirada de la Cooperativa con ocasión de un proceso disciplinario, dicho aspecto no quedó probado en este juicio.

En el interrogatorio, el representante legal de **INDUPALMA**, Juan Manuel Guaracao Ordoñez, expresó que se contrató a la Cooperativa mediante un contrato mercantil y se le asignó un sector específico, que el supervisor le daba las órdenes a la representante a la Cooperativa, que MANO AMIGA no era la única cooperativa que realizaba labores en INDUPALMA pues había otras, que la actividad desarrollada por la Cooperativa era parte del objeto social de **INDUPALMA**. Al indagarse de por qué razón **INDUPALMA** no se encargaba de esos procesos productivos expresó que el modelo económico que tenía la empresa era con las cooperativas (*min.01:07:22, archivo "23AudienciaArticulo80"*).

Por su parte, **GEORGINA ROSA RIVERA ZAMBRANO** en el interrogatorio aceptó que firmó acuerdo cooperativo, que las herramientas y el transporte los brindó la Cooperativa, que las dotaciones las conseguían entre los asociados, que su función era la de realizar oficios varios de acuerdo con lo que le ordenara el supervisor o la representante de la Cooperativa, actividades adelantadas en el vivero de propiedad de **INDUPALMA** (*min.58:22, archivo "23AudienciaArticulo80"*).

Se recaudaron los testimonios de Gloria Amparo Escobar Sepúlveda (*min.01:15:04, archivo "23AudienciaArticulo80"*) y Josué Giraldo Ariza Ruiz (*min.01:31:47, archivo "23AudienciaArticulo80"*), quienes fueron coincidentes en señalar que conocían de la vinculación que tuvo la CTA MANO AMIGA con **INDUPALMA** para el cuidado del vivero y del previvero y aunque no les consta la forma en que prestó el servicio la accionante señalaron que las actividades realizadas por la Cooperativa hacían parte del objeto de social de **INDUPALMA** y que la supervisión se realizaba a diario para darle el visto bueno a la ejecución de la actividad. También se recaudó el testimonio de Edwin Yesid Tolosa Camacho, quien señaló que la actividad realizada por la Cooperativa no era esencial pues era una

actividad subsidiaria a la principal desarrollada por la empresa, contrario a lo afirmado por el representante legal de **INDUPALMA** y a las dos declaraciones antes mencionadas, lo que le resta validez a su intervención (*min.01:45:16, archivo “23AudienciaArticulo80”*).

Y finalmente, se obtuvo la declaración de Jorge Alberto Estrada Suarez, quien manifestó haber laborado con la demandante en **INDUPALMA** desde el 2004 hasta 2017; sostuvo que **GEORGINA** realizaba oficios varios, como llenar bolsas, que recibían órdenes del supervisor, aunque aclaró que él se vinculó fue con la Cooperativa de Trabajo Asociado El Edén (*min: 08:56, archivo “25AudienciaArt80yFallo1eraParte”*).

Una valoración conjunta de las pruebas referidas, junto con los demás documentos obrantes en el expediente, permite concluir que la demandante prestaba sus servicios en oficios varios, e independientemente que la vinculación se realizara a través de Cooperativa de Trabajo Asociado, lo cierto es que los servicios personales siempre se prestaron a favor de **INDUPALMA**, quien además era la que le impartía órdenes e instrucciones a la actora a través de empleados directos de dicha compañía y le realizaba capacitaciones para el buen desempeño de su labor, conforme lo confesó la misma representante legal de la Cooperativa y, además, los medios de producción siempre fueron de la beneficiaria del servicio.

En casos como este no puede entenderse que la actora era una trabajadora autogestionaria de la Cooperativa, como se aduce en la alzada, nótese como la Cooperativa no se servía de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor, pues utilizaban los acondicionamientos físicos de **INDUPALMA**, las labores no fueron realizadas de forma autónoma siendo esta empresa quien le proporcionaba los medios necesarios para la ejecución de sus funciones, le fijaba metas, tenía plena disposición del servicio de la trabajadora para el cumplimiento de las diferentes actividades. Además, no se puede olvidar que las actividades que cumplía **GEORGINA ROSA RIVERA ZAMBRANO** no eran transitorias y ocasionales, fueron permanentes, lo que da cuenta que eran indispensables para el desarrollo de uno de los

objetos sociales de **INDUPALMA**, como lo es el *cultivo de oleaginosas y cualquier otro cultivo lícito, la extracción y/ o producción y/ o transformación y/ o comercialización y / o exportación o importación de aceite de palma y de palmiste, torta de palmiste y demás productos y subproductos de los mismos cultivos, también de semillas y plántulas*, según el objeto social contenido en certificado de existencia y representación legal aportado con la contestación de demanda, lo que indudablemente representa una etapa fundamental en el proceso productivo para la obtención del producto final. Y si bien la Constitución y la ley facultan al empresario para desarrollar libremente sus actividades, las mismas deben sujetarse y cumplirse bajo el estricto respeto del ordenamiento jurídico.

Precisa la Sala, como ya se dijo, que **INDUPALMA** no desvirtuó la existencia del elemento subordinación y por el contrario las pruebas aportadas demuestran claramente que los servicios de la demandante se prestaron bajo su poder subordinante y fue su verdadero empleador, relación en la cual no se probó que la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** hubiera actuado con plena autonomía técnica, administrativa y financiera y tampoco el beneficio que obtuvo dicha Cooperativa por la actividad de la trabajadora, por lo que en realidad fungió como una intermediaria, figura ésta que no puede ejecutar dicha Cooperativa según lo dispone el artículo 17 del decreto 4588 de 2006².

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1430 de 2018, señaló que *conforme a lo previsto en la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990, se les permite contratar la ejecución de una labor a favor de terceros pero, cuando se está en presencia de la subordinación, así como de la continuada prestación del servicio, no es propio aludir a un vínculo de trabajo asociado avalado por esos preceptos legales, al existir norma de mayor categoría, como la constitucional, que impone verificar la realidad en la que se desarrolló la*

² Las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuario o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

labor encomendada, para auscultar, si en la forma, se pretendió esconder una verdadera relación laboral. Criterio reiterado en sentencia SL1413-2022.

En relación con los indicios sobre la existencia de la subordinación contenidos en los convenios de la OIT, conforme con la jurisprudencia citada en esta providencia, en este caso confluyen diferentes indicios que ratifican y determinan la existencia de una relación subordinada. A modo de ejemplo, el servicio se prestó según el control y supervisión de otra persona diferente a la Cooperativa (SL4479 de 2020), la realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020) y la inserción de la trabajadora en el proceso productivo para un negocio propio de **INDUPALMA**, cultivo de palma (SL3436 de 2021), entre otros, lo que descarta el planteamiento del recurrente.

Así las cosas, el Tribunal, aplicando el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas en asuntos del trabajo, confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y **INDUPALMA** y la responsabilidad solidaria de la Cooperativa demandada como simple intermediaria.

Y aunque **INDUPALMA** presentó recurso de apelación por las peticiones falladas en su contra, no elevó ningún argumento tendiente a la revisión de la condena por vacaciones. Por tal razón, al no ser objeto de alzada los extremos temporales de la relación laboral, los montos reconocidos por el *a quo*, así como la prosperidad parcial de la excepción de prescripción, la Sala se releva de su estudio, en virtud del principio de consonancia.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.27-2021-00281-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 24 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima y a **COLPENSIONES** a recibir las sumas trasladadas (*min. 01:20:35, archivo “20Audienciasarticulos7780”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JIMMY ROJAS SUAREZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS**

DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones realizado al RAIS y, en consecuencia, se trasladen todos los aportes, junto con los rendimientos, a **COLPENSIONES**, a que se active la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 15 de noviembre de 1962, efectuó cotizaciones al ISS desde el 21 de agosto de 1985, se trasladó al RAIS a partir de febrero de 2000, a través de ING, y luego a **PORVENIR** en abril de 2011, sin que los fondos de pensiones le hayan suministrado información suficiente, amplia y oportuna sobre las características y consecuencias de su afiliación a ese régimen; que el 07 de mayo de 2021 solicitó el traslado a **COLPENSIONES**, petición negada en la misma fecha (*pág. 1 a 43, archivo “01Demanda”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante y el traslado a ese fondo de pensiones. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; *prescripción de la acción de nulidad*; *cobro de lo no debido por ausencia de causa*, *inexistencia de la obligación* y *buena fe* (*pág. 1 a 44, archivo “06ContestacionPorvenir”*).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante y el traslado de régimen pensional. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *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 declarara 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 y la innominada o genérica (pág. 1 a 36, archivo “10ContestacionProteccionSA”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, el traslado de régimen pensional, la vinculación a PORVENIR, la presentación de la solicitud y su respuesta. Señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso como previa la excepción de *falta de competencia* y como de fondo las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al RPM; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 3 a 53, archivo “06ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:20:35, archivo “20Audienciasarticulos7780”)

El 24 de julio de 2023, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del señor JIMMY ROJAS SUAREZ, 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. efectuado el 09 de diciembre de 1999 y el que posteriormente efectuó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. el 24 de febrero de 2011, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JIMMY ROJAS SUAREZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales,

conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, mientras estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a afiliar nuevamente al señor JIMMY ROJAS SUAREZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEXTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor del demandante...”

Como sustento de su decisión la Juez expresó que **PROTECCIÓN** no cumplió con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen, no le informó sobre los beneficios de trasladarse y mucho menos sus desventajas, tampoco **PORVENIR** cumplió estos propósitos, por lo que vulneraron los principios mínimos de transparencia que debe gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, motivo por el cual concluyó que era viable declarar la ineficacia de dicho traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que no se demostró el supuesto daño sufrido por el accionante, tampoco la falta de información al momento de la asesoría, quedando **COLPENSIONES** sujeto a lo que las referidas AFP logren demostrar; que en los formularios de afiliación el actor expresó su voluntad, se realizaron con el lleno de requisitos y no manifestó oportunamente su deseo de retracto, por lo que no se puede ordenar su regreso automático al RPM; tampoco hay prueba de algún vicio del consentimiento ni anotaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, lo que significa que las

vinculaciones al RAIS gozan de plena validez (*min. 01:23:24, archivo “20Audienciasarticulos7780”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES**, en su escrito de alegatos, solicitó la revocatoria de la sentencia reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) JIMMY ROJAS SUAREZ** nació el 15 de noviembre de 1962 y se afilió al ISS en agosto de 1985 (*pág. 48, 89 y 230, archivo “01Demanda”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 04 de diciembre de 1999, con efectividad a partir del 1° de febrero de 2000 (*pág. 49 y 50, archivo “10ContestacionProteccionSA”*), y posteriormente se trasladó a **PORVENIR** el 24 de febrero de 2011 donde permanece actualmente (*pág. 45, 49 y 150, archivo “06ContestacionPorvenir”*).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las

características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, COLMENA hoy **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio indicó que al momento del diligenciamiento del formulario no había ningún asesor del fondo de pensiones, y no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por **COLPENSIONES** en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados en el RAIS o permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de

2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, sin la correspondiente indexación, se adicionará la sentencia en este aspecto.

Además, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a actualizar la historia laboral, por lo que se modificará el alcance de la condena, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará esta parte de la sentencia.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021 y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado en dichas Sociedades, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** y **PROTECCIÓN** cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar al demandante, sin solución de continuidad, como su afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a recibir de **PORVENIR** y **PROTECCIÓN** los valores ordenados y a actualizar la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

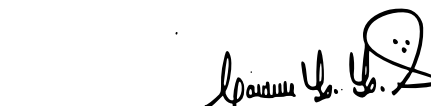
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JIMMY ROJAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2021 00281 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.27-2021-00489-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLFONDOS** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 31 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima y a **COLPENSIONES** a recibir las sumas trasladadas (*min. 38:53, archivo “15Audienciasarticulos7780”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

EDUARDO CABALLERO SERRANO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la ineficacia de la vinculación al RAIS y, en consecuencia, se

condene a **COLPENSIONES** a aceptar su afiliación, a **COLFONDOS** a trasladar al RPM aportes, rendimientos financieros y gastos de administración, junto con la sanción del artículo 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1.993, facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al ISS y en marzo de 1996 se vinculó al RAIS; que se le indujo de manera apropiada a vincularse al fondo privado pues se le indicó que conservaría los beneficios del RPM, que el ISS iba a desaparecer, que las semanas cotizadas podrían perderse pero no le indicaron los eventuales riesgos que podía tener el traslado; que el 14 de mayo de 2021 le solicitó a **COLFONDOS** la desvinculación del RAIS y el 18 de mayo siguiente presentó a **COLPENSIONES** petición de afiliación al RPM, sin recibir respuesta (*pág. 2 a 19, archivo “06Subsanación”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación al ISS, el traslado de régimen pensional y la presentación de la reclamación administrativa. Señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al RPM; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 3 a 48, archivo “08ContestacionColpensiones (2)”*).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación a ese fondo de pensiones y la solicitud presentada por la parte actora, señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ratificación de la afiliación de la

actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago (pág. 3 a 31, archivo “10ContestacionColfondos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 38:53, archivo “15Audienciasarticulos7780”)

El 31 de julio de 2023, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del señor EDUARDO CABALLERO SERRANO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor EDUARDO CABALLERO SERRANO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor EDUARDO CABALLERO SERRANO, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y actualizar la historia laboral del demandante para incluir las semanas cotizadas al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por la demandada COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS al pago de las costas del proceso en la suma de \$2’000.000 como agencias en derecho...”*

Como sustento de su decisión la Juez expresó que **COLFONDOS** no cumplió con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen, no le informó sobre los beneficios de trasladarse y mucho menos sus desventajas, por lo que se vulneraron los principios mínimos de transparencia que debe gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, motivo por el cual concluyó que era viable declarar la ineficacia de dicho traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación de forma parcial con el fin de que se revoque la condena relacionada con la devolución de gastos de administración y seguros previsionales. Adujo que no existe obligación legal de devolver estos conceptos, las deducciones fueron realizadas conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y son descuentos que se realizan en ambos regímenes pensionales, además que se generaron rendimientos que son superiores a lo descontados por gastos de administración y no hacen parte de los recursos a entregar en virtud del artículo 7° del Decreto 3995 de 2008. Preciso que la Superintendencia Financiera en concepto del 15 de enero de 2020 estableció que al declararse la nulidad o ineficacia de la afiliación procede únicamente el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, por lo que considera que devolver sumas adicionales generaría un detrimento del fondo de pensiones y un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante y **COLPENSIONES** (*min. 40:55, archivo “15Audienciasarticulos7780”*).

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada señaló que no se demostró el supuesto daño sufrido por el accionante, tampoco la falta de información al momento de la asesoría, quedando **COLPENSIONES** sujeto a lo que la referida AFP logre demostrar en el juicio; que en el formulario de afiliación el actor expresó su voluntad, se realizó con el lleno de requisitos y no manifestó oportunamente su deseo de retracto, por lo que no se puede ordenar su regreso automático al RPM; tampoco hay prueba de algún vicio del consentimiento ni anotaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, lo que significa que la vinculación al RAIS goza de plena validez (*min. 45:23, archivo “15Audienciasarticulos7780”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de las partes.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS** y la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) EDUARDO CABALLERO SERRANO** nació el 20 de marzo de 1956 (*pág. 22, archivo “01Demanda”*) y se afilió al ISS en marzo de 1984 (*pág. 201, archivo “09ExpedienteAdministrativo”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS** a partir del 1° de mayo de 1996, donde permanece actualmente (*pág. 32 a 45, archivo “01Demanda”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de

Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró

en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **COLFONDOS** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio indicó que al momento de la asesoría se le informó sobre la grave crisis que tenía el ISS, que las semanas cotizadas se le iban a perder y que en el fondo privado obtendría mejor mesada que en el RPM, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por lo tanto, la Sala rechaza los argumentos señalados por **COLPENSIONES** en el recurso de apelación, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto o permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos

se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto por **COLFONDOS** en la alzada. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, sin la correspondiente indexación, se adicionará la sentencia en este aspecto.

Además, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a actualizar la historia laboral, por lo que se modificará el alcance de la condena, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará esta parte de la sentencia.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021 y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **COLFONDOS** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar al demandante, sin solución de continuidad, como su afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a recibir de **COLFONDOS** los valores ordenados y a actualizar la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

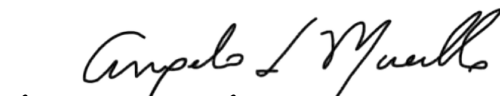
CUARTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: EDUARDO CABALLERO SERRANO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2021 00489 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.28-2019-00040-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante **YHON ALEXANDER NAVARRETE UNIVIO** contra la sentencia del 27 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 21:30, archivo "08Audiosentencia"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

YHON ALEXANDER NAVARRETE UNIVIO llamó a juicio a **HENKEL COLOMBIANA S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, que el mismo fue terminado sin justa causa y, en consecuencia, se condene el pago de la indemnización por despido, bonificación EDC proporcional, indemnización moratoria, indexación, condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho

Como fundamento fáctico indicó que laboró mediante contrato de trabajo con la demandada desde el 1° de agosto de 2013, cumpliendo funciones de profesional de producción y luego de jefe de producción, con un último salario de \$4.784.000; que como jefe de producción no tenía responsabilidad alguna respecto del indicador OEE y tampoco recibió formación sobre el manejo y control de dicho indicador; que el 1° de noviembre de 2017, fue citado a descargos para el día siguiente donde se le interrogó para que explicara la alteración de información para el reporte de OEE en la planta Montevideo hacia la casa matriz, viéndose allí una falta a la presunción de su buena fe e inocencia, donde informó entre otros aspectos, que la manipulación de la información del indicador OEE se lo había manifestado a sus superiores Martha Restrepo, Cristian Pérez y otros; que con ocasión de ello le fue terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa el 28 de noviembre de 2017 (*pág. 3 a 11, archivo “01Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

HENKEL COLOMBIANA S.A.S. se opuso a las pretensiones condenatorias. Aceptó la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, el cargo desempeñado, el salario, la certificación laboral, la no existencia de llamados de atención en el año 2015, 2016 y 2017, la citación y la diligencia de descargos. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación*, buena fe, pago, prescripción y compensación (*pág. 97 a 116, archivo “01Demanda”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 21:30, archivo “08Audiosentencia”*)

El 27 de febrero de 2023, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción denominada por la sociedad encartada *cobro de lo no debido por inexistencia de la*

*obligación conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO:** En consecuencia, **ABSOLVER** a la demandada HENKEL COLOMBIANA S.A.S. de las pretensiones incoadas por el señor YHON ALEXANDER NAVARRETE UNIVIO conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO:** Las costas de esta instancia están a cargo del demandante señalándose como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de este y a favor de la parte demandada. **CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior por resultar totalmente adversa a los intereses del extrabajador, hoy demandante (...)."*

Como sustento de su decisión la Juez indicó que, la parte actora no demostró que la terminación del contrato haya sido sin justa causa, que no quedo duda que desde el año 2010 como manifestó la testigo María Elizabeth Castillo se venía alterando en la compañía el indicador OEE, situación de la cual era conocedor el demandante desde el momento en que ingreso a la empresa, tal y como lo aceptó tanto en la diligencia de descargos como en el interrogatorio y si bien señaló que dicha anomalía la escaló con sus dos jefes inmediatos no se acreditó tal afirmación, luego dedujo que la responsabilidad del actor es más que evidente, ya que consintió una alteración de información para el reporte OEE por más de tres años, tiempo suficiente para que informara a otras instancias la mala práctica que se estaba llevando al interior de la compañía, además de ser su obligación garantizar el cumplimiento de estándares corporativos en la planta de producción, situación que fue aceptada por el actor en el interrogatorio, motivo por el cual concluyó que el demandante incurrió en las causales señaladas en numerales 5 y 6 del artículo 62 del CST, estando acreditada la justa causa del despido.

En cuanto al reconocimiento y pago de la bonificación anual EDC absolvió a la sociedad de este impedimento, afirmando que el artículo 3° del manual EDC señala que en caso de terminación del contrato de trabajo por justa causa el empleado no tendrá derecho al pago de dicha bonificación, excepción que se ajusta a lo estudiado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se concedan las pretensiones de la demanda. Manifestó que el *a quo* afirmó en la sentencia que hubo una manipulación en el indicador OEE del año 2010 al 2017, pero dejó de lado que **YHON ALEXANDER NAVARRETE** inició su gestión en **HENKEL COLOMBIANA** en el 2014, por lo que se está castigando a un trabajador por hechos sucedidos antes de su ingreso; además, que no se tuvo en cuenta lo manifestado por el representante legal de la demandada cuando manifestó que en el descriptivo del cargo de jefe de producción no se registra responsabilidad por elaboración de indicadores y menos sobre el OEE, por lo que considera que el trabajador no debe responder por una función que no le correspondía, aspecto que recaía en el área de mantenimiento; que el representante legal de la demandada en el interrogatorio también señaló que el actor no tuvo formación específica sobre la elaboración, control y manejo del indicador OEE; y finalmente, que nunca hubo omisión de denunciar el mal manejo que hubo de ese indicador situación que la informó a sus jefes y que el actor siempre ha actuado de buena fe (*min. 22:50, archivo "08Audiosentencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en los artículos 1 y 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del demandante solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada. Por su parte, la empresa demandada **HENKEL COLOMBIANA S.A.S.** no presentó escrito de alegaciones.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66^a CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la terminación del contrato de trabajo ocurrió sin justa causa, conforme lo alegado en el recurso de apelación, teniendo en cuenta los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** entre el demandante **YHON ALEXANDER NAVARRETE UNIVIO** y la demandada **HENKEL COLOMBIANA S.A.S.** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de agosto de 2013 al 28 de noviembre de 2017 (*pág. 12 a 14, 20 y 21, archivo “01Demanda”*); **ii)** y en comunicación del 28 de noviembre de 2017 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (*pág. 31 a 37, archivo “01Demanda”*).

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 62 del CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 del CST.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que corresponde al trabajador

acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como se reafirmó en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

De otra parte, la alta Corporación ha indicado frente a la causal del numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST, esto es, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto, si se trata de la primera hipótesis de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso, mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al Juez solo le es dable verificar si se dio o no la conducta enrostrada (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

También la H. CSJ ha sostenido, de forma reiterada y pacífica, que la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando la ejerce el empleador, es una de sus facultades y no una sanción, motivo por el cual no le es aplicable el artículo 115 del CST ni ningún procedimiento previo, a menos que así se hubiera pactado entre las partes, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa, regla jurisprudencial ratificada en las sentencias SL15245 de 2014, SL 1981 de 2019, SL2351 de 2020, entre otras.

Sin embargo, el máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha aclarado que ello no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues la jurisprudencia ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral, a saber:

1. La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.
2. La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos.
3. Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.
4. Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
5. Y la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

Al respecto, se pueden consultar las sentencias SL15245 de 2014, SL1981 de 2019 y SL2351 de 2020, SL496 de 2021, SL679 de 2021, SL339 de 2023, entre otras.

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia absolvió a la demandada de todas pretensiones, al concluir que la ocurrencia de la falta grave fue acreditada por el empleador.

Debe recordarse que el empleador tiene la carga de acreditar en el juicio las justas causas invocadas a su contraparte o las razones que adujo al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, no pudiendo alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En la carta de terminación del contrato (*pág. 34, archivo "01Demanda"*) el empleador señaló como justa causa las previstas en el literal a), numeral 6°, del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, en

concordancia con la cláusula séptima del contrato de trabajo y el artículo 46 del Reglamento Interno de Trabajo, al considerar demostrada la intención y el conocimiento del actor sobre el reporte de información falsa a HENKEL y el provecho económico indebido materializado en el bono anual.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la exigencia del parágrafo del artículo 62 del CSJ se satisface o con la invocación de la causal legal, convencional o reglamentaria, o con la indicación de los motivos o hechos que inspiran la terminación unilateral del contrato, o con ambos.

En este asunto se identificaron los motivos concretos que originaron la finalización del vínculo contractual, pero se fundamentó en causales que contienen presupuestos diferentes. Por un lado, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador especialmente de los artículos 58 y 60 del CST, caso en el cual le corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso. Y por el otro, cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, evento en el cual únicamente le es factible al juez verificar su ocurrencia, conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Teniendo en cuenta el contenido de la carta de terminación del contrato de trabajo, al determinarse que la conducta que se dice cometió el trabajador es grave a la luz de las obligaciones legales que le correspondían al trabajador, el estudio de la presente actuación se limitará a determinar la gravedad de la conducta y en caso de calificarse en dichos términos, la Sala se relevará de la constatación de los demás motivos expuestos por **HENKEL COLOMBIANA S.A.S.**

Pues bien, se acreditó en el plenario que **YHON ALEXANDER NAVARRETE UNIVIO** cumplió funciones de jefe de producción, (*hecho 5 de la demanda, aceptado en la contestación*).

YHON ALEXANDER NAVARRETE UNIVIO fue citado a diligencia de descargos en comunicación del 1° de noviembre de 2017 (pág. 22, archivo “01Demanda”), en relación con la alteración de información para el reporte de OEE en la Planta de Montevideo hacia la casa matriz. En dicha diligencia, realizada el 02 de noviembre siguiente, el demandante aceptó que *“es de mi conocimiento que esta práctica de modificar o alternar el OEE se viene haciendo hace un tiempo”*, que también es su responsabilidad como jefe la información para el reporte de OEE y que no reportó dicha alteración ya que *“Aunque lo evidencié, lo pregunté un par de veces no busqué otras instancias”* siendo consciente de su omisión. Preciso que en sus funciones como jefe de producción y teniendo conocimiento de la planta debía conocer el funcionamiento de ese indicador. Cuando se le indagó que, si era consciente que el resultado del OEE le reportaba un provecho indebido por cuenta de incidir en el monto del bono anual, respondió que *“Si, claro si esta como objetivo de mi EDC, sí”*, también aceptó que su comportamiento constituía una violación grave a sus funciones. Ese documento aparece suscrito por el demandante, por Andrés Cipagauta, Catalina Montoya, Elizabeth Castillo y Marco Martínez (pág. 27 a 30, archivo “01Demanda”).

En audiencia del 03 de marzo de 2020, se recaudó interrogatorio al representante legal del **HENKEL COLOMBIANA S.A.S**, Marco Andrés Martínez Silva, quien sobre el particular no hizo aportes adicionales a los señalados en la contestación de la demanda y si bien recalco que le parecía bastante exótico que se pretenda hacer ver que porque no dice las letras OEE de manera expresa en el descriptivo del cargo, el indicador de producción no sea responsabilidad del jefe de producción. Además, resaltó que no hay prueba de que el trabajador haya informado dicha situación a los superiores (min. 9:41, archivo “02. Audio.wma”). Igualmente, se recepcionó el interrogatorio al demandante quien precisó que para la fecha de retiro estaba trabajando como jefe de producción en la planta, que como jefe de producción debía conocer el funcionamiento del indicador OEE, afirmó que conoció que desde antes de su llegada ya se venían alterando los

datos de este indicador, pues así recibió el proceso al ingresar a la compañía y lo realizó acorde con las instrucciones que le brindaban sus jefes inmediatos. Por otro lado, admite conocer el reporte de *compliance*, pero aduce que siguió el conducto regular por parte de la compañía y recurrió a sus jefes inmediatos (*min. 40:52, archivo "02. Audio.wma"*).

Y frente a los testimonios decretados, se escuchó la declaración de María Elizabeth Castillo Laverde, quien desempeña el cargo de gerente de riesgo y cumplimiento en **HENKEL** desde hace 24 años, que participó en todo el proceso de investigación en conjunto con el gerente encargado de ese momento, manifestando que se identificó una actividad sospechosa que estaba realizando una de las personas que digitaba información para el cálculo del indicador OEE, quien al preguntársele que estaba adelantando respondió que estaba haciendo el balance o cuadro de la información, por lo que al momento de realizar la investigación interna se detectó que la información que se estaba reportando a casa matriz no coincidía con la información real. Sostuvo que el demandante tenía pleno conocimiento de la situación irregular y nunca lo reportó al *compliance* que es el mecanismo que tiene habilitado la empresa para este tipo de denuncias; que el reporte irregular de la información se venía presentado desde el 2010 y si bien aceptó que la función del actor no era reportar la información a Alemania, si debía asegurar que el análisis de la eficiencia de la planta correspondiera a información real. A su vez, destacó que no hay evidencia de que **YHON NAVARRETE** reportara dicha circunstancia sus jefes Christian y Martha y cuando éstos salieron de la empresa el trabajador tampoco tomó la decisión de mencionar esta irregularidad, la cual solo se vino a advertir con la auditoría interna realizada en el año 2017 (*min. 01:09:38, archivo "02. Audio.wma"*).

También se recepcionó el testimonio de Elkin Rodríguez Herrera quien expresó conocer al demandante por motivos de trabajo, afirmando que habían despedido al accionante debido a que encontraron una modificación de una información que se reportaba a

la casa matriz y ellos tenían conocimiento del tema, además afirmó que el indicador OEE los afectaba a todos porque con este medían el rendimiento de la planta y si les iba mal tanto a ellos como a las jefaturas los empezaban a presionar para buscar mejoras (*min. 00:10, archivo "05. Audio MP4.y 06 Audio. MP4."*).

Y finalmente, se recaudó el testimonio de Deysi Liliana Ramírez Vargas quien señaló conocer al demandante, debido a que fue su jefe en **HENKEL**. Sostuvo que la gerente de planta y los jefes de planta debían reportar como les iba con los indicadores, y aunque refirió que JHON ALEXANDER debió haber revisado el indicador, no tiene conocimiento si era una de sus funciones (*min. 0:01, archivo "07. Audio. MP4."*).

Al analizar las pruebas mencionadas, para la Sala la parte demandada demostró con suficiencia la ocurrencia de la conducta atribuida a **YHON ALEXANDER NAVARRETE UNIVIO** en la carta de terminación del contrato, relacionada con la violación grave de obligaciones y prohibiciones especiales que incumben al trabajador, comportamiento que a la luz del artículo 58 del CST, en especial del numeral 1° y 5°, constituye una falta del demandante en las obligaciones especiales que le incumbían como trabajador, presupuestos normativos que resultan aplicables al presente asunto, en la medida en que el escrito que generó la finalización del contrato se trajo a colación como justa causa el literal a), numeral 6°, del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, fue el propio **YHON ALEXANDER NAVARRETE UNIVIO** quien reconoció en la diligencia de descargos del 02 de noviembre de 2017, así como en el interrogatorio, el conocimiento sobre la alteración de la información del indicador OEE¹ que se presentaba a la casa matriz y la obligación que tenía como jefe de

¹ Eficiencia Total del Equipo. Es un indicador usado para comprender porcentualmente el rendimiento de las líneas de producción basándose en los tiempos del proceso (*pág. 160 y 180, archivo "01Demanda"*)

producción de revisar las cifras reportadas y constatar que efectivamente correspondieran a los resultados reales, aspecto que se armoniza con la descripción del cargo de jefe de producción (*pág. 17 a 19, archivo “01Demanda”*) y los objetivos y responsabilidades descritos en el procedimiento “*OVERALL EQUIPMENT EFFECTIVENESS*”, aportado con la contestación de la demanda (*pág. 160 a 200, archivo “01Demanda”*).

También se demostró en el juicio que al tener conocimiento de la alteración de dicha información y no haberla comunicado por los medios idóneos dispuestos por parte de la empresa, se generaron datos falsos que eran tenidos en cuenta para la toma de decisiones y además representaba un beneficio indebido cuantitativo a favor no sólo del demandante, sino de los demás trabajadores. Y pese que la parte actora cuestionó que el juzgado de instancia hizo una valoración indebida del interrogatorio al representante legal de la demandada y del testimonio de María Elizabeth Castillo Laverde, lo cierto es que fue el propio trabajador quien reconoció la comisión de la falta, no solo en la diligencia de descargos, también en su interrogatorio, lo que descarta los argumentos elevados en la alzada.

Y aunque también se acreditó que la alteración de los datos informados a la casa matriz en Alemania, frente al indicador OEE, era una conducta que se estaba realizando en la empresa desde el año 2010, el sólo hecho de que **YHON ALEXANDER NAVARRETE UNIVIO** haya ingresado a la compañía en el año 2013, no lo exoneraba de acatar los preceptos legales y de reportar la situación oportunamente al empleador, aspecto que no sucedió en este asunto. Aun cuando el actor sostuvo tanto en la diligencia de descargos como en el interrogatorio que una vez se enteró de estos movimientos irregulares puso en conocimiento la situación a sus jefes Christian y Martha, no existe elemento persuasivo que demuestre que dicha circunstancia haya sucedido, aspecto que indudablemente soslayó la confianza que tenía depositada la empresa en el trabajador y que, por ende, constituye una falta grave.

Ahora, al tratarse de una conducta continuada que se presentó al interior de la compañía, ésta no estaba limitada en el tiempo para adoptar las medidas adecuadas y pertinentes a fin de corregir la situación.

Bajo el anterior análisis, está demostrada la infracción de las obligaciones legales que tenía el trabajador y, por ende, la configuración de la justa causa, por lo que **HENKEL COLOMBIANA S.A.S.** estaba plenamente facultada para terminar el contrato en la forma en que lo hizo, la cual se adoptó en un término perentorio, motivo suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

Y finalmente, la Sala se releva del estudio de la bonificación EDC reclamada en la demanda, en aplicación del principio de consonancia, pues, aunque se presentó recurso de apelación para que se revocara la sentencia y se accedieran a las pretensiones de la demanda, los argumentos expuestos en el recurso iban encaminados a obtener la declaratoria del despido injusto y la correspondiente indemnización. En todo caso, se advierte que de acuerdo con el Manual EDC Establecimiento y Evaluación de Objetivos Recursos Humanos, cuando el contrato de trabajo se termine por justa causa, el empleado no tiene derecho al pago de esta bonificación (*pág. 150, archivo "01Demanda"*).

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.28-2020-00244-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante **JAVIER RAMON HERNANDEZ PORTILLA** contra la sentencia del 27 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 25:11, archivo “19AudienciaFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JAVIER RAMON HERNANDEZ PORTILLA llamó a juicio al **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** con el fin de que se declare que es cabeza de familia desde el 07 de septiembre de 2004; que la terminación del contrato de trabajo fue ilegal por desconocerse su estabilidad laboral reforzada; en consecuencia, se condene a la demandada a su reintegro al cargo que desempeñaba al momento de la terminación del contrato o a uno de igual o superior categoría, al pago de salarios legales y extralegales desde el 11 de agosto de 2018, auxilios y primas

extralegales, aportes a seguridad social, condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria, pretende la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento fáctico indicó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el **BANCO DE BOGOTÁ** el 25 de noviembre de 1985, en el cargo de *AUX-BANCARIO I*, con una asignación inicial de \$14.900; que posteriormente, por su excelente desempeño laboral fue ascendido a varios cargos, siendo el último el de *Gerente PYME* con un salario final de \$4.307.600, en la oficina *Restrepo Código 1661*, cumpliendo funciones de *“Liderar la gestión comercial de la Gerencia Pyme, con el propósito de asegurar la correcta atención a los clientes y brindar asesoría y seguimiento sobre las estrategias de venta que requiera implementar el Banco. b. Vender los productos y servicios del Banco al fin de aumentar el valor de los depósitos, las colocaciones y negocios de los clientes asignados para incrementar la participación del Banco, dentro del segmento asignado”*, entre otras.

Manifestó que contrajo matrimonio con Sara Martínez Camino (q.e.p.d.) el 02 de marzo de 2002 de cuya unión nacieron los menores Sergio David y Andrés Camilo Hernández Martínez; que el 07 de septiembre de 2004, Sara Martínez Camino falleció, aspecto que conoció su empleador, momento a partir del cual ha tenido bajo su cargo en forma permanente la responsabilidad de sus hijos, quienes dependen económicamente de él.

Señaló que 04 de abril de 2018, recibió del **BANCO DE BOGOTÁ** citación a descargos por *“posibles graves incumplimientos de sus deberes y obligaciones laborales, de acuerdo con la investigación adelantada por los organismos del Banco de fecha 23 de marzo de 2018”*, diligencia que se llevó a cabo el 10 de abril de 2018 y al día siguiente le notificaron la terminación del contrato de trabajo aduciendo justa causa, donde se señaló que *“En la cuenta de ahorros *****081-7 el 7 de febrero de 2017 a nombre de Javier Ramón*

*Hernández Portilla – Un depósito en efectivo por valor de \$7.000.000.00, La identificación 35407348 corresponde a la cliente María Ligia Maldonado (...) clientes asignados comercialmente al Gerente de Oficina 0079 La Clarita”, por lo que considera que la demandada desconoció las explicaciones otorgadas en la citada diligencia y que ninguna de las normas que el **BANCO DE BOGOTÁ** señaló en la carta de terminación del contrato, guardan relación con los hechos materia del proceso disciplinario o la supuesta comisión de faltas (pág. 3 a 22, archivo “01Demanda”).*

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

BANCO DE BOGOTÁ S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, el cargo desempeñado, el salario, la citación y la diligencia de descargos. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban; formuló las excepciones de *existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo*, calificación de falta grave por los contratantes, pago, compensación, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, prescripción, improcedencia del reintegro por su condición de padre cabeza de familia y la innominada o genérica (pág. 1 a 121, archivo “07Contestacion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 25:11, archivo “19AudienciaFallo”)

El 27 de octubre de 2022, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **PRIMERO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones formuladas por el banco demandado denominadas existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo y calificación de falta grave por los contratantes. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada BANCO DE BOGOTÁ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor JAVIER RAMON HERNANDEZ PORTILLA, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO:** Las costas de esta instancia*

*están a cargo del demandante, señalándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. **CUARTO:** Si no fuera apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior en cuanto le resultó totalmente adverso a los intereses del extrabajador hoy demandante (...)*”.

Como sustento de su decisión la Juez indicó que conforme con las pruebas documentales y las recaudadas en el juicio el accionante no cumple con los requisitos desarrollados en la Sentencia de Unificación 388 de 2005 para ser considerado como padre cabeza de familia, no se tiene prueba alguna que permita inferir que sus hijos estén a su cuidado, que sea el responsable de todas las labores relacionadas con el hogar, las de tipo económico y que no cuenta con ninguna ayuda de los demás miembros de la familia para sostener su grupo familiar.

Respecto de la indemnización por despido precisó que conforme con el código de conducta y ética del **BANCO DE BOGOTÁ** y la diligencia de descargos, el actor si incurrió en conductas que configuran conflicto de intereses tipificadas como falta grave dado que celebró a título personal, negocios de índole comercial con inversiones Carcondor, sin importar que esta sociedad era cliente del Banco, situación que operó igualmente con María Lilia Maldonado, además realizó un préstamo personal a Juan Carlos Sabogal, cliente del Banco, por valor de \$20.000.000, transacciones que se efectuaron en la cuenta del menor Sergio David Hernández, y de la cual el actor ejerce la administración, no existiendo razón alguna para que el trabajador haya actuado de manera contraria a las políticas de la empresa, pues tanto en el interrogatorio de parte como en la diligencia de descargos, aceptó conocer dicho manual, por lo que concluyó que la terminación del vínculo laboral obedeció a una justa causa.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación con fin de que se revoque la sentencia y se accedan a todas las pretensiones. Adujo que con los interrogatorios y los testimonios se

logró establecer que el demandante tiene la carga económica de su hijos y la tenía al momento de terminarse el contrato de trabajo, que el Banco de Bogotá conoció del deceso de la esposa del actor y que este era quien tenía a cargos a sus menores hijos; que no es cierto que los intereses del préstamo le generen ingresos constantes y permanentes, eran negocios que generaron una situación única; sostuvo que independientemente de que hubiera podido tener negocios personales, el simple hecho de no tener el ingreso del salario que recibía del empleador no solo afectaron económicamente al actor sino a sus hijos, por lo que considera que el accionante si contaba con fuero de reten social por ser padre de familia.

Sobre las pretensiones subsidiarias precisó que hubo una mala apreciación del juzgado respecto del conflicto de intereses en la medida en que los supuestos negocios o actividades bancarias que tenía Javier Hernández no estaban o no iban en oposición a los intereses del Banco, los testigos lo dejaron claro y no pudo la entidad demandada desvirtuar que eran situaciones de carácter personal. Además, que no existe ninguna prohibición específica clara o determinante en la que se mencione que los trabajadores del Banco no pueden tener actividad bancaria en su cuenta de nómina; que el actor en sus funciones no efectuó situación en provecho de terceros ni recibieron ningún tipo de beneficio; finalmente, que la definición tan amplia del conflicto de intereses previstos en el Código de ética y el abuso de ese concepto que utilizó el Banco para edificar unas supuestas faltas, generaron la terminación del contrato no solo del demandante sino de otras personas que tenían más de 15 y 20 años de antigüedad (*min. 26:14, archivo "19AudienciaFallo"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandante reiteró los argumentos elevados en la alzada con el fin de que se revoque la decisión.

Por su parte, el Banco demandado solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho al demandante al fuero de estabilidad laboral reforzada por ser padre cabeza de familia para ordenar su reintegro; así como dilucidar si hubo un despido sin justa causa, que conlleve al reconocimiento y pago de la correspondiente indemnización, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia sobre las siguientes premisas fácticas: **i)** entre el demandante **JAVIER RAMON HERNANDEZ PORTILLA** y la demandada **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 25 de noviembre de 1985 al 11 de abril de 2018 (*pág. 117 a 119, 131 y 132, archivo “01Demanda”*); **ii)** y en comunicación del 11 de abril de 2018 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (*pág. 121 a 130, archivo “01Demanda”*).

- **Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada de las personas cabeza de familia.**

El artículo 12 de la Ley 790 de 2002, consagró una protección laboral especial a favor de ciertos funcionarios públicos de entidades en procesos de reestructuración administrativa, por cuanto limitó el retiro de aquellos que sufran de una limitación física, mental, visual o auditiva, que sean madres cabeza de familia sin alternativa económica

o que cumplan con los requisitos para causar su pensión de vejez en los 3 años siguientes, figura que ha sido denominada como *reten social*. Es importante resaltar que la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-389 de 2005 extendió el retén social a favor de los padres cabeza de familia, en virtud del principio de igualdad.

Sobre el alcance de este fuero, la H. Corte Constitucional determinó que no procura una estabilidad absoluta, por cuanto se limita a procurar conservar el trabajo de los beneficiarios para que sean las últimas personas en ser desvinculadas en los procesos de renovación institucional o hasta la configuración de una justa causa de terminación del contrato debidamente comprobada, tal y como reafirmó la Alta Corte en las sentencias T-835 de 2012, T-420 de 2017, T-084 de 2018, entre otras.

En cuanto los requisitos que deben acreditarse para activar el fuero como cabeza de familia, la H. Corte Constitucional estableció en la sentencia SU-388 de 2005 los siguientes: **i)** estar a cargo de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar; **ii)** que dicha responsabilidad sea permanente; **iii)** el abandono de la pareja en el cumplimiento de sus obligaciones o su imposibilidad para asumir los deberes legales de manutención y cuidado por razones poderosas como la incapacidad, privación de la libertad o la muerte y; **v)** una deficiencia sustancial en la ayuda de los demás miembros de la familia. Adicionalmente, en la sentencia T-420 de 2017, se adicionó el requisito de dar aviso al empleador sobre la calidad de cabeza de familia, so pena de no poder endilgarle responsabilidad por un hecho del que no es conocedor. Dichos requisitos han sido reafirmados en las sentencias T-084 de 2018, T-325 de 2018, entre otras.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha reafirmado que la figura del retén social prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, obedeció a la necesidad del Estado de realizar ajustes institucionales en la rama ejecutiva del orden nacional y a la valoración que al respecto hiciera el Congreso, en cuyos artículos adoptó algunas acciones afirmativas para proteger ciertos

grupos especialmente vulnerables, entre ellos, a las madres cabeza de familia (CSJ SL696-2021).

Y a partir de la sentencia SL1496 de 2014, la misma Corporación adoptó una visión amplia del concepto *madre o padre cabeza de familia* conforme el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, por lo cual acogió el criterio establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-388 de 2005, exigiendo que el aforado acredite que su compañero padece de una incapacidad o que se ha sustraído de forma permanente de sus deberes legales de manutención y cuidado o que resulta indispensable que deba permanecer en el hogar para atender a aquellas personas a cargo incapaces para trabajar o que requieran medicamente su presencia, tal y como ha sostenido en las sentencias SL19561 de 2017, SL430 de 2020, entre otras.

Por último, resulta relevante considerar que la H. Corte Constitucional en la sentencia T-638 de 2016, adoptó la decisión de indicar que el fuero de cabeza de familia procede en el sector privado en virtud del principio de igualdad y los derechos al trabajo, seguridad social, entre otros. Dicha decisión se fundamentó en el hecho de que en la sentencia T-802 de 2012, se extendió el *retén social* a los funcionarios públicos de entidades públicas ajenas al sector central en procesos de renovación, mientras que en la sentencia T-862 de 2009 se extendió el amparo a los servidores en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual extendió la protección de los 3 casos regulados en el *retén social* al ámbito privado cuando quiera que se evidencie una situación de debilidad manifiesta por la cual terminar el contrato implique el desconocimiento de los derechos a la igualdad, trabajo y seguridad social.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante.

Conforme con los antecedentes normativos expuestos el fuero, como padre cabeza de familia, se activa sí y solo sí el trabajador acredita que está a cargo permanentemente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, el abandono de la pareja en el cumplimiento de sus obligaciones o su imposibilidad para asumir los deberes legales de manutención y cuidado por razones poderosas como incapacidad, privación de la libertad o muerte, una deficiencia sustancial en la ayuda de los demás miembros de la familia y, finalmente, el aviso al empleador de la calidad de jefe de familia. Los anteriores requisitos han sido consagrados en las sentencias SU-388 de 2005, T-420 de 2017, T-084 de 2018, T-325 de 2018, SL1496 de 2014, SL19561 de 2017, entre otras.

Al revisar el expediente se acredita que **JAVIER RAMON HERNANDEZ PORTILLA** contrajo nupcias con Sara Martínez Camino (q.e.p.d.) el 02 de marzo de 2002, fruto de esa unión nacieron Sergio David Hernández Martínez el 02 de septiembre de 2002 y Andrés Camilo Hernández Martínez el 17 de junio de 2004 (*pág. 133 a 136, archivo “01Demanda”*) y que el 07 de septiembre de 2004 ocurrió el deceso de Sara Martínez Camino (*pág. 133 a 136, archivo “01Demanda”*). A su vez, reposa declaración extrajuicio de fecha 29 de febrero de 2020 ante la Notaria Única del Círculo de Neira – Caldas, donde María Rosa Ceballos Castaño señaló que es madrina de bautizo de Sergio David Hernández Martínez y que en el año 2006, con ocasión del fallecimiento de Sara Martínez Camino (q.e.p.d.), el demandante le contó que había reclamado un bono y acordaron que ella lo administraba y le pagaba intereses mensualmente como ayuda para el sostenimiento del menor, recursos que aún los administra (*pág. 115 y 116, archivo “01Demanda”*).

Como prueba testimonial decretada a favor de la parte actora, en audiencia celebrada el 03 de agosto de 2022, se recibieron las declaraciones de Julio Alberto Gómez Pérez (*min. 48:00, archivo “12AudioAudiencia”*), María Ligia Maldonado (*min. 59:01, archivo “12AudioAudiencia”*) y Claudia Martínez Camino (*min. 01:11:40, archivo “12AudioAudiencia”*). Sin embargo, tal sólo esta última declaración fue

quien informó aspectos de la vida familiar del demandante. En efecto, Claudia Martínez Camino afirmó que conoce a **JAVIER RAMON** hace 24 años, dado que estaba casado con su hermana quien falleció cuando tenía 38 años de edad; que con la terminación del contrato de trabajo la condición de sus sobrinos ha desmejorado y no le ha sido fácil al actor conseguir trabajo, que él no está bien, está endeudado y que como familia lo han apoyado, pero la economía y la situación no es buena.

Por tal motivo, al no existir ningún medio probatorio adicional sobre esta temática, para la Sala es claro que a la fecha de terminación del contrato (11 de abril de 2018), el demandante era el único responsable y tenía bajo su cuidado a sus dos menores hijos. Sin embargo, dicha circunstancia por sí sola no es suficiente para activar la protección foral que se reclama puesto que no existe elemento persuasivo que demuestre que la única fuente de ingresos para el sostenimiento del hogar del demandante era su salario, basta remitirse a la declaración extrajuicio rendida por María Rosa Ceballos Castaño (pág. 115 y 116, archivo “01Demanda”) para inferir que desde el año 2006 **JAVIER RAMON HERNANDEZ PORTILLA** recibe sumas por concepto de intereses con ocasión de un bono que ella le administra y en la diligencia de descargos realizada el 10 de abril de 2010 **JAVIER** aceptó que María Rosa Ceballos le realizó 4 consignaciones en el año 2017, así 25 de enero de 2017 \$3.000.000, 07 de abril de 2017 \$2.500.000, 29 de septiembre de 2017 \$3.000.000 y 22 de diciembre de 2017 \$1.800.000 (pág. 97 a 112, archivo “01Demanda”), de donde se advierte que los ingresos son periódicos.

Tampoco se demostró que los menores hijos y el mismo accionante no gocen de sustitución pensional con ocasión del lamentable deceso de Sara Martínez Camino (q.e.p.d.), en la medida en que en el juicio se mencionó que la madre de los menores también era trabajadora del **BANCO DE BOGOTÁ**, y aunque se informó que se generó un bono pensional con ocasión del deceso de la cónyuge del actor, no se tiene certeza si este correspondió a devolución de aportes

voluntarios u obligatorios o a indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Además, por lo señalado por Claudia Martínez Camino (*min. 01:11:40, archivo "12AudioAudiencia"*) no existe una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia.

Se advierte, que conforme con la citada jurisprudencia, este fuero no procura una estabilidad absoluta. Por ende y aunque el empleador no cuestionó que conoció o no la calidad de jefe de familia de su trabajador, en gracia de discusión, si el actor hubiese acreditado todos los presupuestos para reconocerle la calidad de padre cabeza de familia, el reintegro no sería procedente por cuanto la desvinculación ocurrió producto de la configuración de una razón objetiva de terminación del contrato, como lo es la justa causa, la cual será objeto de estudio a continuación, situación que no le impedía al empleador la ruptura unilateral de la relación laboral.

Por lo tanto, en este caso el fuero de protección no se estructuró, lo que descarta los argumentos del recurrente, razón suficiente para confirmar la decisión adoptada por el *a quo*.

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 62 CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 CST.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada,

tal y como reafirmó la H. CSJ en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

De otra parte, la alta Corporación ha indicado frente a la causal del numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST, esto es, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto, si se trata de la primera hipótesis de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso, mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al Juez solo le es dable verificar si se dio o no la conducta enrostrada (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

También la H. CSJ ha reiterado que la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando la ejerce el empleador, es una de sus facultades y no una sanción, motivo por el cual no le es aplicable el artículo 115 del CST ni ningún procedimiento previo, a menos que así se hubiera pactado entre las partes, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa, regla jurisprudencial ratificada en las sentencias SL15245 de 2014, SL 1981 de 2019, SL2351 de 2020, entre otras.

Sin embargo, el máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha aclarado que ello no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, dado que la jurisprudencia ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral, a saber:

1. La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.
2. La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos.
3. Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.
4. Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
5. Y la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

Al respecto, se pueden consultar las sentencias SL15245 de 2014, SL1981 de 2019 y SL2351 de 2020, SL496 de 2021, SL679 de 2021, SL339 de 2023, entre otras.

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia absolvió a la demandada de la indemnización por despido, al concluir que la ocurrencia de las faltas graves fue acreditada por el empleador.

Debe recordarse que el empleador tiene la carga de acreditar en el juicio las justas causas invocadas a su contraparte o las razones que adujo al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, no pudiendo alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En la carta de terminación del contrato (*pág. 54 a 64, archivo "08Pruebas"*) el empleador señaló como justa causa la violación a la política de conflicto de intereses establecida por el **BANCO**, las cuales

fueron calificadas como graves en virtud de los artículos 75, literal c, d, e, g, h, 76 numerales 1, 2, 3, 5 y 11, 77 numerales 1, 3, 7, 10 y 15, 87 numerales 10, 11, 14, 16, 38 y 49, 102 literales f, numerales 2 y 5 del Reglamento Interno de Trabajo, así como los artículos 55, 56, 58, 60 y 62 literal a del numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha insistido que la exigencia del Parágrafo del artículo 62 del CST, se satisface o con la invocación de la causal legal, convencional o reglamentaria, o con la indicación de los motivos o hechos que inspiran la terminación unilateral del contrato, o con ambos.

En este asunto se identificaron los motivos concretos que originaron la finalización del vínculo contractual, pero se fundamentó en una causal que contiene dos presupuestos. Por un lado, cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, evento en el cual únicamente le es factible al juez verificar su ocurrencia, conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Y por el otro, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador especialmente de los artículos 58 y 60 del CST, caso en el cual le corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso.

Teniendo en cuenta el contenido de la carta de terminación del contrato de trabajo, al determinarse que la conducta que se dice cometió el trabajador estaba pactada como falta grave en los manuales y reglamentos del empleador, el estudio de la presente actuación se limitará a determinar la ocurrencia de la conducta y si previamente estaba calificada y en caso de que una de ellas sea violatoria de las obligaciones o prohibiciones de carácter convencional o contractual, la Sala se relevará de la constatación de los demás motivos expuestos por el **BANCO DE BOGOTÁ S.A.**

Pues bien, se acreditó en el plenario que **JAVIER RAMON HERNANDEZ PORTILLA** cumplió funciones de *Gerente PYME*; que al interior de la compañía demandada se estableció un Código de Ética y Conducta para garantizar la consecución de los objetivos comerciales del **BANCO**, las cuales son de obligatorio cumplimiento por parte de todos los empleados de la entidad financiera (*pág. 71 a 88, archivo “01Demanda” y pág. 134 a 173, archivo “08Pruebas”*).

El 04 de abril de 2018 **JAVIER RAMON HERNANDEZ PORTILLA** fue citado a diligencia de descargos con ocasión de una investigación adelantada por los organismos de control del **BANCO DE BOGOTÁ** el 23 de marzo de 2018, a partir de la cual *“se identificaron conductas y transacciones realizadas por usted y algunos clientes del Banco que pueden generar un posible conflicto de intereses... conductas que pueden ser calificadas como graves...”* (*pág. 89 a 96, archivo “01Demanda”*).

Dicha diligencia se llevó a cabo el 10 de abril de 2018 (*pág. 97 a 112, archivo “01Demanda”*), donde el demandante aceptó conocer el Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Ética y Conducta y la definición del conflicto de intereses consignado en el manual de conducta. Cuando se le indagó sobre los movimientos de su cuenta bancaria y la de sus menores hijos precisó lo siguiente:

- A. Aceptó que el 13 de febrero de 2017 recibió en su cuenta de ahorros la suma de \$7.000.000 por parte de María Lilia Maldonado, quien es cliente del Banco, pero precisó que eso correspondió a rendimientos de los aportes por el negocio de levante de ganado que había celebrado con ella y su cuñado José Zora Gutiérrez en el año 2016 en Villavicencio. Aclaró que a María Lilia Maldonado la conoció antes de que fuera cliente del Banco.
- B. Señaló que conoce a Juan Carlos Sabogal Olarte, que es su amigo y cliente del Banco, quien en el año 2013 le giró un cheque con ocasión de un préstamo personal que le había

hecho para reinstalarse en Bogotá, que en total le prestó a Juan Carlos \$20.000.000.

C. Informó sobre los 15 abonos realizados a las cuentas bancarias que sus menores hijos tienen en el Banco de Bogotá, durante los años 2015 a 2017, entre ellas las realizados por Carcondor, con ocasión de una inversión que hizo con su cuñado para la adquisición de un chasis y su carrocería para transporte de pasajeros, cuyo negocio fue desistido por el incremento de los precios pactados y que el dinero fue devuelto parcialmente. Explicó que utilizó las cuentas de sus hijos porque su cuenta estaba embargada. Respecto de esas consignaciones puntualizó lo siguiente:

- 29 de abril de 2016 \$5.000.000, 23 de diciembre de 2016 \$1.000.000 y 24 de marzo de 2017 \$1.000.000 fueron realizadas por Inversiones Carcondor por devolución del dinero aportado de acuerdo con el contrato. En total admitió que fueron \$14.000.000 los consignados por esta empresa.
- 25 de enero de 2017 \$3.000.000, 07 de abril de 2017 \$2.500.000, 29 de septiembre de 2017 \$3.000.000 y 22 de diciembre de 2017 \$1.800.000 consignados por María Rosa Ceballos, madrina de sus hijos, con ocasión de la administración de un bono pensional que ella le realiza, dineros para el mantenimiento de su hijo Sergio.
- 11 de diciembre de 2017 por valor de \$2.000.000 por parte de Juan Carlos Sabogal por devolución de los recursos facilitados.

Se recaudó interrogatorio al demandante quien sobre el particular se ratificó en lo mencionado en la diligencia de descargos y reconoció que para la fecha en que se adelantaron los descargos Inversiones Carcondor, cliente del Banco de Bogotá, registraba los productos vencidos y un capital adeudado de \$600.000.000 (*min. 27:27, archivo "12AudioAudiencia"*). Igualmente, se recepcionó el testimonio de Julio Alberto Gómez Pérez quien manifestó ser el propietario de Inversiones Carcondor, que conoce al demandante con

ocasión del programa que tiene el Banco para las empresas PYME y porque el actor quedó encargado de atender a su empresa, además que se hicieron las 5 consignaciones porque no había el dinero suficiente para hacer la devolución total de los \$14.000.000 con ocasión de la inversión familiar para la compra de un bus, donde era beneficiario el demandante (*min. 48:00, archivo "12AudioAudiencia"*). También se escuchó a María Ligia Maldonado, quien señaló que en el año 2014 estuvieron conversando para que el accionante entrara a una sociedad que ella tenía de ganado, hicieron el negocio y raíz de eso se generaron unas utilidades y por eso le consignó \$7.000.000, más o menos en el año 2018, y que cuando era gerente JAVIER solicitó crédito al Banco y él le brindó asesoría (*min. 59:01, archivo "12AudioAudiencia"*).

Y frente a los testimonios decretados a favor de la parte demandada, se escuchó la declaración de Néstor Enrique Morales Arteaga, quien afirmó ser abogado de la gerencia de relaciones laborales del **BANCO DE BOGOTÁ** desde hace 3 años y conoció la situación del demandante con ocasión del proceso, lo que descarta su relevancia (*min. 01:19:00, archivo "12AudioAudiencia"*). Y se recepcionó el testimonio de Fabio Argiro Tirano Vega, gerente de auditoría en el Banco demandado y fue quien realizó el informe en marzo de 2018, que generó el llamado a descargos del actor y su posterior desvinculación de la entidad financiera (*min. 00:47, archivo "16AudioAudiencia"*).

Al analizar las pruebas mencionadas, junto con los otros elementos de persuasión obrantes en el expediente, para la Sala la parte demandada demostró con suficiencia la ocurrencia de las conductas atribuidas a **JAVIER RAMON HERNANDEZ PORTILLA** en la carta de terminación del contrato, relacionada con el incumplimiento al Código de Ética y Conducta, comportamiento que a la luz del capítulo 11 del citado Código, en concordancia con los artículos 76 numerales 2 y 11, 87 numeral 49 y 102 literal f del Reglamento Interno de Trabajo, constituyen una falta grave y un incumplimiento del demandante a las obligaciones especiales que le

incumbían como trabajador, lo que descarta el estudio de la existencia o configuración de los demás motivos de terminación del contrato, en especial las causas de terminación de índole legal.

Para el efecto, es necesario advertir que el Código de Ética y Conducta (pág. 134 a 173, archivo “08Pruebas”) precisa el campo de aplicación (capítulo 1), define el concepto de conflicto de intereses (capítulo 8) como *“toda situación o evento en que los intereses personales, directos o indirectos, de los asociados, administradores o colaboradores de la Entidad, se encuentren en oposición con los del Banco, interfieran con los deberes que le competen a él, o lo lleven a actuar en su desempeño por motivaciones diferentes al recto y leal cumplimiento de sus responsabilidades, afectando la imparcialidad propia que debe gobernar todas nuestras actuaciones en desarrollo del objeto social del Banco”* y consigna de forma taxativa las políticas que los asociados, administradores y colaboradores de la Entidad deben acatar para evitar la configuración de situaciones de conflictos de intereses, entre ellas, el deber de hacer uso del tiempo fuera del Banco en actividades que no propicien o toleren un conflicto de intereses en detrimento de los intereses del Banco; la prohibición de solicitar o recibir dinero, bonos, honorarios, comisiones, anticipos, viáticos, cheques, tarjetas débito, títulos valores o cualquier otro documento que pueda ser convertible en dinero, de una persona, corporación o sociedad con la que el Banco tenga negocios; la prohibición de administrar mediante vínculo contractual, negocios a título personal de clientes o proveedores de la Entidad que impliquen conflicto de intereses, entre otras.

En este caso fue el propio trabajador quien reconoció en la diligencia de descargos del 10 de abril de 2018, así como en el interrogatorio, la existencia de negocios particulares con clientes del Banco, quienes a su vez tenían créditos activos con la entidad financiera, como por ejemplo con María Lilia Maldonado e Inversiones Carcondor, lo que implica un claro conflicto de intereses puesto que, por ejemplo, mientras recibía dinero por aparentes vinculaciones de

índole privada con dichos clientes, los mismos presentaban mora en los productos, algunos de los cuales era el propio demandante quien tenía el deber de vigilancia y seguimiento, e incluso le hizo un préstamo personal a Juan Carlos Sabogal, cliente del Banco, por la suma de \$20.000.000, aspecto que indudablemente soslayó la confianza que tenía depositada la empresa en el trabajador.

Aunque el Código de Ética y Conducta no puede limitar el derecho que tienen los trabajadores de destinar el dinero a su libre albedrío, si pretende evitar que se produzca este tipo de relaciones con los clientes, en la medida en que no permite diferenciar cuándo el trabajador está actuando bajo sus intereses personales, cuándo en cumplimiento de sus deberes y obligaciones derivadas del contrato de trabajo y cuándo en beneficio del empleador o de terceros. Es decir, con la implementación de estas políticas lo que se busca es preservar la transparencia de las operaciones financieras de cualquier índole, sin que en el manual de conducta del BANCO demandado el conflicto de intereses este supeditado a la obtención de un beneficio, sino simplemente a la realización del hecho prohibido por parte del colaborador, como en efecto ocurrió. En tal sentido, para la Sala el Código de Ética y Conducta establecido al interior del **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** fue soslayado e incumplido por parte de **JAVIER RAMON HERNANDEZ PÓRTILLA.**

Es pertinente aclarar que, pese a que al expediente se aportaron dos manuales de conducta diferentes, en ambos las reglas relacionadas con conflictos de interés son similares, cuyo conocimiento fue plenamente aceptado por el demandante en la diligencia de descargos y corroborado en el interrogatorio, lo que descarta los argumentos elevados en la alzada. En cuanto a la existencia de prohibición o no del manejo de las cuentas de ahorro del demandante y la de sus hijos, la Sala se releva de su estudio dado el estudio final del objeto de controversia. Igualmente, no se analiza la oportunidad en la realización de la auditoría por parte del Banco y la facultad o no de

consultar e intervenir las cuentas de ahorros de los trabajadores y sus familiares, en virtud del principio de consonancia.

Bajo el anterior análisis, está demostrada la infracción a las obligaciones que tenía el trabajador y, por ende, la justa causa, por lo que el **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** estaba plenamente facultado para terminar el contrato en la forma en que lo hizo, motivo suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 29-2020-00260-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 08 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato a término indefinido entre la demandante **BRIGIDA LEON PEREZ** y la empresa **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN** condenando a la demandada y solidariamente a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** a pagar salarios, prestaciones sociales, vacaciones, auxilios extralegales o convencionales, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, indexación, pago de aportes pensionales y costas del proceso (*min. 00:57:29, enlace archivo "21ActaSentencia"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

BRIGIDA LEON PEREZ llamó a juicio a **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN** y a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término

indefinido desde el 14 de noviembre de 2007 hasta el 31 de julio de 2017, la tercerización laboral por parte de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA**, la calidad de beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, la terminación injusta del contrato de trabajo y, en consecuencia, se condene al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, sanción por no pago de intereses a las cesantías, devolución de pago de aportes pensionales, dotaciones, indemnización por despido, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de vacaciones convencional, prima de navidad convencional, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que el 14 de noviembre de 2007 inició labores al servicio de **INDUPALMA** en las plantaciones del Municipio de San Alberto hasta el 31 de julio de 2017 realizando labores de fertilización, deshierbe y demás labores propias del cultivo de palma, recibiendo como última remuneración la suma de \$1.225.509; que dicha actividad laboral se hizo a través de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA**; que **INDUPALMA** terminó de manera unilateral e injustificada la relación laboral, que le quedaron adeudando 7 meses de salario, no fue afiliada a seguridad social por parte de **INDUPALMA** pero si por la Cooperativa asumiendo ella los costos de las cotizaciones; que no le reconocieron acreencias laborales legales y convencionales; y finalmente, que las demandadas fueron sancionadas por el Ministerio de Trabajo por realizar actividades de intermediación laboral (pág. 2 a 30, archivo “01Demanda”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN se opuso a la totalidad de las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y formuló las excepciones de *inexistencia del vínculo de la relación laboral*, inexistencia de obligaciones a cargo de INDUPALMA, ausencia de intermediación laboral entre INDUPALMA y la CTA MANO AMIGA, falta de título y causa, prescripción, buena fe,

compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 26, archivo “06ContestacionIndupalma”).

Mediante providencia del 27 de julio de 2021 se ordenó el emplazamiento y el nombramiento de curador ad-litem para **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** (archivo “07AutoOrdenaEmplazarNombrarCurador”), auxiliar de la justicia quien al contestar la demanda expresó que no se oponía ni allanaba a las pretensiones, que no le constaba ninguno de los hechos y propuso las excepciones de *prescripción de los derechos reclamados* y la innominada o genérica (archivo “11ContestacionCurador20210910”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 00:57:22, enlace archivo “21ActaSentencia”).

El 08 de febrero de 2023, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora BRIGIDA LEON PEREZ y la demandada INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 14 de noviembre de 2007 hasta el 31 de julio de 2017, devengando como salario último la suma de \$1.225.509. **SEGUNDO: DECLARAR** que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA es solidariamente responsable de las condenas impuestas en favor de la demandante. **TERCERO: CONDENAR** a INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA a pagar a la demandante BRIGIDA LEON PEREZ la suma de \$5.164.019 por concepto de salarios insolutos. **CUARTO: CONDENAR** a INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA a pagar a la demandante BRIGIDA LEON PEREZ por concepto de prestaciones sociales y vacaciones las sumas que se indicaron en la parte considerativa y el cuadro se anexará en la parte resolutive y simplemente el despacho no lo lee por cuestiones de tiempo sin embargo se va a compartir. **QUINTO: CONDENAR** a INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA a pagar a la demandante BRIGIDA LEON PEREZ por concepto auxilios extralegales o convencionales, las siguientes sumas de dinero: Prima de Navidad \$2.316.019 y Prima de Vacaciones \$ 1.946.407. **SEXTO: CONDENAR** a INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA a pagar a la demandante BRIGIDA LEON PEREZ por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo la suma de \$8.088.359. **SÉPTIMO: CONDENAR** a INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA a pagar

a la demandante BRIGIDA LEON PEREZ las sumas indicadas en los numerales anteriores, indexadas al momento de su pago. **OCTAVO: CONDENAR** a INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA a cancelar al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en favor de la demandante BRIGIDA LEON PEREZ las cotizaciones a pensiones no canceladas durante el periodo comprendido entre el 14 de noviembre de 2007 y el 31 de julio de 2017, previo cálculo actuarial que realice la AFP PORVENIR teniendo como Ingreso Base de Cotización para los años 2007 a 2016 el salario mínimo mensual legal vigente y para el año 2017 la suma de \$1.225.509. **NOVENO: CONDENAR** a INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA a pagar a la demandante BRIGIDA LEON PEREZ, las costas del proceso, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 2.000.000. **DECIMO: ABSOLVER** a INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante BRIGIDA LEON PEREZ.”

Como fundamento de su decisión, la Juez expuso que conforme a las premisas fácticas y el acervo probatorio quedo probado que **BRIGIDA LEON PEREZ** acreditó la prestación del servicio en procesos y subprocesos de **INDUPALMA**, sin que la referida demandada haya desvirtuado la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, además que se demostró que **INDUPALMA** ejercía poder de subordinación, a través de las ordenes impartidas por los supervisores, la actora ejercía la labor con instrumentos propios de la empresa, y pese a que se aportaron las ofertas mercantiles, dedujo que lo que se dio fue un verdadero vínculo laboral con **INDUPALMA**, máxime que con anterioridad a la creación de la Cooperativa MUJERES MANO AMIGA la demandante desempeñada el servicio a favor de la demandada a través de otras cooperativas.

Y aunque en la convención colectiva celebrada entre **INDUPALMA** y su sindicato de trabajadores se estableció en una cláusula que la empresa podía incluir nuevas formas de vinculación, entre ellas, a través de cooperativas de trabajo asociado, dicha cláusula no se puede aplicar de manera absoluta para desconocer derechos laborales de los trabajadores. En tal sentido, declaró la existencia un contrato a término indefinido desde el 14 de noviembre de 2007 hasta el 31 de julio de 2017, teniendo como empleador a la empresa **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA INDUPALMA EN LIQUIDACIÓN**, como último salario

\$1.225.509, siendo la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** una responsable solidaria.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 30 de julio de 2014, aduciendo que, si bien el vínculo laboral se terminó el 31 de julio de 2017 y la demanda se presentó el 24 de agosto de 2020, desde el 12 de marzo hasta julio de 2020 hubo interrupción de términos en virtud de la pandemia. Por tal razón, ordenó el pago de 7 meses de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, teniendo como salario el mínimo legal mensual vigente. Igualmente, ordenó el pago de prima de navidad extralegal y prima de vacaciones extralegal, indemnización por despido, indexación y pago de aportes pensionales no cancelados teniendo como IBC desde 2007 a 2016 un (1) SMLMV y para el año 2017 \$1.225.509, previo cálculo actuarial del fondo de pensiones PORVENIR.

Y finalmente, respecto de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e indemnización moratoria del artículo 65 del CST, precisó que no eran viables en la medida en que se le pagaron compensaciones a la demandante y que, en virtud del acuerdo celebrado entre la empresa y el sindicato, **INDUPALMA** creía razonablemente que no estaba obligado al pago de esas acreencias laborales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación parcial por el no reconocimiento de la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo. Adujo que en el proceso quedó demostrado que **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN** era conocedora de los derechos que le correspondían a la demandante en virtud de la relación laboral (*min 1:01:49, enlace archivo "21ActaSentenciaAudiencia"*).

Por su parte, el apoderado de la demandada presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se absuelva a **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN** de las condenas impuestas. Señaló que la tercerización

laboral no está prohibida, que entre la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** e **INDUPALMA LTDA** se celebraron distintos contratos mercantiles donde la Cooperativa prestó sus servicios conforme a su objeto social y por ello, en ningún momento se vulneró la Ley 79 de 1988, el Decreto 468 de 1990 y la Ley 1233 de 2008, ya que dentro de su estructura organizacional, **INDUPALMA** no tenía las actividades de vivero y previvero, quedando de esta manera acreditado que la Cooperativa no operaba como empresa de servicios temporales, ya que la misma informaba a sus asociados el lugar donde prestarían sus servicios, las funciones, el horario y las herramientas para desarrollar las actividades, es decir que la demandante dependía en tiempo, modo y lugar de la Cooperativa. Por tal razón, considera que nunca hubo subordinación de **INDUPALMA** al no haberse impartido órdenes, impuesto el reglamento de trabajo, horarios, dotación y herramientas de trabajo las cuales era suministradas de manera directa por la CTA MANO AMIGA. Adicionalmente, sostuvo que en el presente proceso operó el fenómeno prescriptivo respecto de todos los derechos reconocidos en la sentencia (*min 1:03:26, enlace archivo "21ActaSentenciaAudiencia"*).

La curadora *ad-litem* de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoquen las condenas impuestas en contra de dicha parte. Indicó que la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** e **INDUPALMA LTDA** realizaron contratos de carácter comercial para el suministro de personal para desempeñar labores que no eran propias del objeto social de la compañía, no existía subordinación y a la demandante no se le quedó adeudando ningún concepto ya que se asoció a la Cooperativa de manera libre y voluntaria y las labores a desempeñar dependían de los contratos mercantiles que se celebraran con las empresas (*min 1:24:34, enlace archivo "21ActaSentenciaAudiencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de la ninguna de las partes.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si hay lugar a la revocatoria de las condenas impuestas a las demandadas, al haberse declarado la existencia de contrato laboral a término indefinido entre la demandante y **INDUPALMA LTDA** y la responsabilidad solidaria de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA**, la procedencia de la indemnización moratoria, la sanción por no consignación de cesantías a un fondo y la excepción de prescripción conforme con lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

- Sobre la existencia del contrato de trabajo

Para resolver la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST que definen al contrato de trabajo y sus elementos, y los artículos 59 de la Ley 79 de 1988 y 10º del Decreto 4588 de 2006, que regula el trabajo asociado.

De acuerdo con estas normas, en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo diferentes, a saber: el que presta un trabajador en favor de terceros bajo contrato de trabajo (al cual le es aplicable la legislación laboral); y el que presta un asociado en favor de una cooperativa de la cual forma parte. Sobre esta última modalidad se ha pronunciado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para definir la validez de la estipulación normativa que excluyó al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, precisando sin embargo y claramente, que esta forma de

vinculación no puede utilizarse de “*manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de [TERCERAS] personas naturales o jurídicas*” (Sentencia radicación 25713 del 6 de diciembre de 2006 y SL3436 de 2021).

Por ello, la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las personas naturales o jurídicas que fungieron como verdaderos empleadores del trabajador asociado, por haber sido los beneficiarios del servicio personal y haber ejercido en forma directa el poder subordinante propio del contrato laboral. En la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a la que se ha hecho referencia, se adoctrinó que no puede considerarse legal el trabajo de un trabajador asociado a terceros cuando se ejerce subordinación por parte del beneficiario del servicio, en la medida en que en la relación existente entre la cooperativa y el trabajador asociado no puede haber subordinación estrictamente laboral, en cuanto la relación no se rige por un contrato de trabajo (artículo 59 Ley 79 de 1988), y porque la delegación de la subordinación a un tercero se predica de otro tipo de relaciones jurídicas como la que surge entre una empresa de servicios temporales y una empresa usuaria.

Así las cosas y dada la vigencia del artículo 59 de la ley 79 de 1988 (declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000), cuando el servicio del asociado no se presta en favor de un tercero sino de la cooperativa, y la subordinación la ejerce ésta, la excepción normativa cobra vigencia. Pero cuando el servicio del asociado se presta en favor de un tercero y quien ejerce la dirección y subordinación de la relación es el tercero, se debe aplicar la legislación laboral que regula las prestaciones sociales mínimas del trabajador y las indemnizaciones que surgen del contrato de trabajo, utilizando al efecto bajo el principio constitucional del contrato realidad. Lo dicho, resulta coincidente con la prohibición prevista en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Luego, una vez reunidos los tres elementos del contrato de trabajo (servicio personal, subordinación y remuneración) éste existe y no deja de serlo por el nombre que se le dé, ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen (artículo 23 del CST); y para hacer efectiva esta disposición normativa, el 24 del mismo Código estableció una presunción legal de la cual se derivan consecuencias procesales.

Por ello en procesos como el que nos ocupa, dada la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, a la demandante que alega su ocurrencia le bastará con demostrar la prestación de servicios personales en favor del demandado, pues la carga de desvirtuar el hecho presunto (la subordinación) corresponde a éste, para lo cual deberá aportar al proceso evidencia de la cual se pueda obtener certeza judicial sobre autonomía técnica y directiva del contratista en el servicio ejecutado; es decir evidencia clara de ausencia de subordinación. Este elemento del contrato de trabajo implica para el empleador la posibilidad de impartir órdenes al trabajador sobre modo, tiempo, lugar, y cantidad de labor.

- **Sobre los indicios de relación de trabajo subordinada consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

Sobre este punto, la Recomendación 198 de 2006 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, referida a la relación de trabajo¹, exhorta a los Estados a *“luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”*. Además, que la existencia de una relación de trabajo *“debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de*

¹ La Corte Constitucional, en sentencia SU555 de 2014, reiteró que las recomendaciones, por regla general, no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países.

la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”, con la posibilidad de que los estados:

1. Admitan una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
2. Consagren una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
3. Determinen previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.
4. Y consideren la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1439-2021 y SL3436 de 2021, entre otras, ha insistido que solo algunos de los indicios o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron consagrados en el artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho artículo hace una mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo.

La anterior regla jurisprudencial ha sido ratificada en las sentencias SL3345 de 2021, SL3695 de 2021 y SL3777-2022, entre otras. En dichas providencias, la H. CSJ indicó que el artículo 23 CST consagró como “*indicios de determinación de relación subordinada*” el cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos, pero existen otros indicios recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, a saber:

- a)** Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020).
- b)** La exclusividad (SL460 de 2021).
- c)** La disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019).
- d)** La concesión de vacaciones (SL6621 de 2017).
- e)** Aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015).
- f)** Cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019).
- g)** El cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019).
- h)** La realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020).
- i)** El suministro de herramientas y materiales (SL981 de 2019).
- j)** El hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (SL4479 de 2020).
- k)** El desempeño de un cargo de la estructura empresarial (SL Rad 34.393 del 24 de agosto de 2010; SL2885 de 2019).
- l)** La terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).
- m)** La integración del trabajador en la organización de la empresa (SL4479 de 2020; SL5042 de 2020).

Finalmente, en la sentencias SL3436 de 2021 se analizó el criterio de integración del trabajador en la organización de la empresa, concluyendo la H. CSJ que una empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de un titular, siendo indicio de subordinación que el empresario organice, de manera autónoma, sus procesos productivos e inserte al trabajador, dirigiendo y controlando su labor en pro de sus fines empresariales, ya que si el colaborador no tiene un negocio propio ni una organización empresarial con una estructura propia, medios de producción, especialización y recursos, se infiere que carece de autonomía propia de quien *realiza libremente un trabajo para un negocio*, siendo que en realidad *aporta su fuerza de trabajo al engranaje de un negocio conformado por otro*.

CASO CONCRETO

Con las reglas anteriores y una vez revisado el expediente, la Sala encuentra demostrada la prestación personal del servicio de **BRIGIDA**

LEON PEREZ a favor de la demandada **INDUPALMA**, en la forma definida por el *a quo*, junto con la correspondiente remuneración, por lo que se presume la existencia de un contrato de trabajo, en los términos señalados en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, presunción que no fue desvirtuada por la parte pasiva, siendo pertinente analizar y dar respuesta a cada uno de los interrogantes planteados en los recursos de apelación.

En este caso **INDUPALMA** no logró acreditar que la demandante prestó un servicio de manera independiente y en ausencia de subordinación, situación que no alcanza a materializarse por el hecho de que la trabajadora hubiese firmado un convenio asociativo de trabajo.

En efecto, además de las pruebas documentales aportadas con la contestación, en especial las ofertas mercantiles para la provisión de procesos y/o subprocesos agrícolas (*pág. 43 a 244, archivo “10ContestacionIndupalma”*), se recaudó interrogatorio del representante legal de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA**, Luz Marina Mesa Moreno, quien señaló que la demandante hacia labores de mantenimiento de vivero y previvero de palma africana en los campos de **INDUPALMA**, que **INDUPALMA** era la beneficiaria del servicio y establecía los horarios de trabajo, las ordenes las daba un supervisor de forma directa y a veces por su intermedio ella se las trasmitía a los trabajadores asociados de la Cooperativa, y los pagos realizados por **INDUPALMA** variaban de acuerdo con las labores cumplidas (*min.11:18, enlace archivo “20ActaAudienciaPruebas”*).

Por su parte, **BRIGIDA LEON PEREZ** en el interrogatorio aceptó que firmó acuerdo cooperativo, que las herramientas las daba **INDUPALMA**, que realizaba labores de vivero y previvero, las órdenes las impartía la representante legal de la Cooperativa a quien el supervisor le indicaba las labores a realizar, que conocía los Estatutos, asistía a las reuniones y era asociada de manera voluntaria y que no volvió a prestar el servicio dada la terminación del contrato que existía entre **INDUPALMA** y la Cooperativa (*min.17:27, enlace archivo “20ActaAudienciaPruebas”*).

Se recaudó el testimonio de Hilda Nubia González Linares quien señaló que conoció la vinculación que tuvo **BRIGIDA LEON PEREZ** con la CTA MANO AMIGA, la prestación de servicio que hizo la actora con **INDUPALMA** para el cuidado del vivero y del previvero, que le pagaban de acuerdo con la actividad realizada, que quien daba las ordenes era el supervisor, por intermedio de la gerente de la Cooperativa, quien a su vez se las trasmitía a los trabajadores y que las capacitaciones las hacía **INDUPALMA** (*min.00:28:33, archivo "20ActaAudienciaPruebas"*). Y finalmente, se recaudó el testimonio de José del Carmen Conde García a quien no se puede dar credibilidad ya que su vínculo laboral terminó con anterioridad a la vinculación que tuvo la accionante y no tuvo percepción directa de la forma en que ella prestó el servicio a favor de **INDUPALMA** (*min 40:49, enlace archivo "20ActaAudienciaPruebas"*).

Una valoración conjunta de las pruebas referidas, junto con los demás documentos obrantes en el expediente, permite concluir que la demandante prestaba sus servicios en oficios varios, e independientemente que la vinculación se realizara a través de Cooperativa de Trabajo Asociado, lo cierto es que los servicios personales siempre se prestaron a favor de **INDUPALMA**, quien impartía órdenes e instrucciones a la actora a través de empleados directos de dicha compañía, conforme lo confesó la misma representante legal de la Cooperativa, era la que realizaba las capacitaciones para el buen desempeño de la labor y, además, los medios de producción siempre fueron de la beneficiaria del servicio.

En casos como este no puede entenderse que la actora era una trabajadora autogestionaria de la Cooperativa, como se aduce en la alzada, nótese como la Cooperativa no se servía de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor, pues utilizaban los acondicionamientos físicos de **INDUPALMA**, las labores no fueron realizadas de forma autónoma siendo esta empresa quien le proporcionaba los medios necesarios para la ejecución de sus funciones, le fijaba metas, tenía plena disposición del servicio de la trabajadora para el cumplimiento de las diferentes actividades. Además, no se puede olvidar que las actividades que cumplía **BRIGIDA LEON PEREZ** no eran transitorias y ocasionales, fueron permanentes, lo que da cuenta que eran

indispensables para el desarrollo de uno de los objetos sociales de **INDUPALMA**, como lo es el *cultivo de oleaginosas y cualquier otro cultivo lícito, la extracción y/ o producción y/ o transformación y/ o comercialización y / o exportación o importación de aceite de palma y de palmiste, torta de palmiste y demás productos y subproductos de los mismos cultivos, también de semillas y plántulas*, según el objeto social contenido en certificado de existencia y representación legal aportado al plenario, lo que indudablemente representa una etapa fundamental en el proceso productivo para la obtención del producto final. Y si bien la Constitución y la ley facultan al empresario para desarrollar libremente sus actividades, las mismas deben sujetarse y cumplirse bajo el estricto respeto del ordenamiento jurídico.

Precisa la Sala, como ya se dijo, que **INDUPALMA** no desvirtuó la existencia del elemento subordinación y por el contrario las pruebas aportadas demuestran claramente que los servicios de la demandante se prestaron bajo su subordinación y fue su verdadero empleador, relación en la cual no se probó que la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** actuó con plena autonomía técnica, administrativa y financiera y tampoco cuál fue el beneficio que obtuvo dicha Cooperativa por la actividad de la trabajadora, por lo que en realidad fungió como una intermediaria, figura ésta que no puede ejecutar dicha Cooperativa según lo dispone el artículo 17 del decreto 4588 de 2006².

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1430 de 2018, señaló que *conforme a lo previsto en la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990, se les permite contratar la ejecución de una labor a favor de terceros pero, cuando se está en presencia de la subordinación, así como de la continuada prestación del servicio, no es propio aludir a un vínculo de trabajo asociado avalado por esos preceptos legales, al existir norma de mayor categoría, como la constitucional, que impone verificar la realidad en la que se desarrolló la*

² Las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuario o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

labor encomendada, para auscultar, si en la forma, se pretendió esconder una verdadera relación laboral. Criterio reiterado en sentencia SL1413-2022.

En relación con los indicios sobre la existencia de la subordinación contenidos en los convenios de la OIT, conforme con la jurisprudencia citada en esta providencia, en este caso confluyen diferentes indicios que ratifican y determinan la existencia de una relación subordinada. A modo de ejemplo, la continuidad en la prestación del servicio durante más de 9 años y el establecimiento de horario de trabajo por parte de **INDUPALMA** (SL981-2019), el servicio se prestó según el control y supervisión de otra persona diferente a la Cooperativa (SL4479 de 2020), la realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020) y la inserción de la trabajadora en el proceso productivo para un negocio propio de **INDUPALMA**, cultivo de palma (SL3436 de 2021), entre otros, lo que descarta los planteamientos de la parte pasiva.

Así las cosas, el Tribunal, aplicando el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas en asuntos del trabajo, confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y **INDUPALMA** y la responsabilidad solidaria de la Cooperativa demandada como simple intermediaria.

Previo a revisar la procedencia de las acreencias laborales que le corresponden a la trabajadora con ocasión de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, así como la prosperidad o no de la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, es necesario estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción como lo alegó INDUPALMA en la alzada.

-Sobre la excepción de prescripción

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las sentencias que reconocen la existencia de un contrato de trabajo son de naturaleza declarativa y no constitutiva de derechos, tal y como lo reiteró la H. CSJ en las sentencias SL3169-2014,

SL20833-2017 y SL4358-2018, sobre tal premisa se resolverá la excepción de prescripción.

Los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se encuentra probado en este proceso que el contrato de trabajo se terminó el 31 de julio de 2017, aspecto que no es objeto de controversia, siendo presentada la demanda a través del aplicativo de *Demanda en Línea* el 22 de agosto de 2020 y luego sometida a reparto el 24 de agosto siguiente (pág. 432 a 434, archivo "01Demanda"). Se advierte que la parte actora no acreditó radicación de reclamación ante las demandadas. De lo anterior se deduce que la acción ordinaria fue presentada de forma extemporánea pasados los 3 años luego de finalizada la relación laboral, motivo por el cual todas las acreencias laborales objeto de condena, salvo los aportes pensionales (son imprescriptibles CSJ SL Rad 35.083 del 06 de mayo de 2010 y SL1272-2016), y las que se pretende su reconocimiento en segunda instancia, se encuentran afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Si bien el Consejo Superior de la Judicatura mediante acuerdos PCSJA2011517, PCSJA2011518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521 y PCSJA20-11526 y PCSJA20-11567 suspendió los términos judiciales en todo el país del 16 de marzo al 30 de junio de 2020, con ocasión la emergencia sanitaria causado por la pandemia Covid-19, y el Decreto Legislativo 564 de 15 de abril de 2020 ordenó la suspensión de los términos de prescripción desde el 16 de marzo de 2020 y hasta la reanudación de los términos judiciales adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura, no se puede perder de vista que el término último para interrumpir la prescripción de esta acción ocurrió el 31 de julio de 2020, es decir, un mes después de reanudados los términos por la referida Corporación.

Además, nótese que durante la emergencia sanitaria se habilitaron canales electrónicos para la interposición de las acciones laborales, aspecto que se armonizó incluso con el Decreto Legislativo 806 de 04 de junio de 2020, sin que la parte actora acudiera oportunamente a la administración de justicia o alegara alguna imposibilidad en la presentación de esta demanda, luego su inacción después de terminado el contrato de trabajo no puede ser argumento para restarle eficacia al fenómeno extintivo. Distinto análisis procedería en caso de que el vencimiento del término hubiese ocurrido en el periodo entre el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020, aspecto ajeno al analizado.

Bajo dicho escenario, la excepción de prescripción propuesta por **INDUPALMA** encuentra prosperidad, motivo por el cual se revocará los ordinales tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la sentencia de primera instancia, y, en su lugar, se absolverá las demandadas por concepto de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, prima de navidad, prima de vacaciones, indemnización por despido, relevándose la Sala del estudio del recurso de apelación formulado por la parte actora dado el resultado del estudio de la controversia.

Y aunque **INDUPALMA** presentó recurso de apelación por las peticiones falladas en su contra, no elevó ningún argumento tendiente a la revisión de la condena por aportes pensionales por lo que, en aplicación del principio de consonancia, la Sala no realiza pronunciamiento.

Se advierte que el monto reconocido por costas procesales solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO y SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA - INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN** y **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJERES MANO AMIGA** de dichas pretensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.32-2021-00258-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por **MARINA DE JESUS CARDONA BARRIGA** contra la sentencia del 03 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró probada la excepción de cosa juzgada, absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora (*min. 48:28, enlace archivo "20ActaAudienciaJuzgamiento20230503"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARINA DE JESUS CARDONA BARRIGA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare que es beneficiaria del régimen de transición, que la demandada liquidó mal su pensión y, en consecuencia, se reliquide la pensión de vejez conforme con el Acuerdo 049 de 1990 tomando como IBL los últimos 10 años cotizados y una

tasa de reemplazo del 84%, se condene al pago de las diferencias causadas a partir de abril de 2006, junto con intereses moratorios, indexación y costas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 16 de abril de 1951 y cotizó al ISS desde el 22 de julio de 1975 hasta el 30 de noviembre de 2009; que el 18 de junio de 2009, presentó solicitud de pensión de vejez, petición que fue negada mediante Resolución No.010416 de 27 de abril de 2010, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, reposición resuelta de forma desfavorable en Resolución No.035999 del 05 de octubre de 2011. Manifestó que inició y llevó a cabo en el año 2010 proceso ordinario con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión en aplicación del régimen de transición, su respectivo retroactivo, prestaciones asistenciales, intereses moratorios e indexación y mediante sentencia del 30 de noviembre de 2011 el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá condenó al ISS a reconocer y pagar la prestación pensional a partir del 16 de abril de 2006 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

Indicó que al existir un error en la liquidación, el 08 de abril de 2018, reclamó a **COLPENSIONES** la reliquidación de la pensión de vejez reconocida en Resolución GNR339208 del 04 de noviembre de 2013, pues de acuerdo con la liquidación que le fue entregada teniendo en cuenta 1.141 semanas y un IBL de \$1.391.281, al cual le aplicaron equivocadamente una tasa de reemplazo del 75%, inexplicablemente decidieron reconocerle \$589.500; que por medio de la Resolución SUB163512 del 25 de junio de 2019 la demandada le negó la reliquidación pensional al señalar que dicho monto fue fijado por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá.

Y finalmente que, ante el error cometido por el Juzgado, instauró acción de tutela por violación al debido proceso y a la seguridad social, bajo radicado 2020-00143-01, y que la Sala Laboral de esta Corporación la declaró improcedente, decisión confirmada por la H.

Corte Suprema de Justicia en providencia del 15 de abril de 2020 (pág. 98 a 112, archivo “01Demanda”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones al afirmar que existe cosa juzgada. Aceptó las cotizaciones que realizó la demandante al ISS, su edad, las peticiones presentadas, los actos administrativos, el proceso ordinario tramitado y la acción de tutela. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación*, improcedencia de intereses moratorios e indexación, prescripción y la innominada o genérica (pág. 3 a 19, archivo “06ContestacionDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 48:28, enlace archivo “20ActaAudienciaJuzgamiento20230503”)

El 03 de mayo de 2023, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO. DECLARAR PROBADA la excepción de cosa juzgada, conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO. ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARINA DE JESÚS CARDONA BARRIGA. **TERCERO. CONDENAR** en costas a la demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio (1/2) smlmv. **CUARTO.** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta. (...)

Como sustento de la decisión el Juez indicó que luego de revisar las pretensiones de la demanda y comparar la actuación surtida en el proceso ordinario 2010 00955, se configuró la excepción de cosa juzgada por acreditarse la identidad de partes, causa y objeto, aunque si bien el citado proceso se adelantó contra el Instituto de Seguros Sociales, al ser liquidada dicha entidad las obligaciones pensionales

del Régimen de Prima Media con Prestación Definida fueron asumidas por **COLPENSIONES**. Además, que el monto de la pensión que se reclama en esta causa hace parte integral de la pretensión relacionada con el reconocimiento del derecho, asunto ya resuelto. Y aunque ahora se pretende la reliquidación de esa primera mesada pensional, lo que debió interponerse fueron los recursos de ley contra la decisión proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. Por tal motivo, concluyó que al ser una cuestión ya resuelta judicialmente no es posible ventilarla nuevamente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Adujo que no se pretende la corrección de la demanda del Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, sino que se busca es obtener la liquidación de la pensión en la forma legal correspondiente, según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo no hay lugar a la excepción de cosa juzgada, pues se trata de una reliquidación pensional que es un derecho imprescriptible e irrenunciable, teniendo en cuenta que se hizo un cálculo equivocado, por lo que en este caso se debe aplicar el principio de favorabilidad aplicando el ingreso base de liquidación correspondiente al promedio de lo cotizado en los últimos 10 años o 120 meses efectivamente cotizados, que da un monto de \$1.392.281 según la liquidación de **COLPENSIONES** y se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 84% (*min. 49:31, enlace archivo "20ActaAudienciaJuzgamiento20230503"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó la confirmación del fallo de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto operó el fenómeno de la cosa juzgada, de no ser así se estudiará si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de su mesada pensional.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MARIA DE JESUS CARDONA BARRIGA** nació el 16 de abril de 1951 (*pág. 4, archivo “03SubsanacionDemanda”*); **ii)** Cotizó al ISS hoy **COLPENSIONES** un total de 959.14 semanas más tiempo de servicio a favor del Ministerio de Defensa, acreditando un total de 1.141 semanas (*pag.68, archivo “01Demanda” y pag.21, archivo “06ContestacionDemandaColpensiones”*); **iii)** y a través de las resoluciones GNR339208 del 04 de diciembre de 2013 y GNR355470 del 11 de noviembre de 2015 **COLPENSIONES** dio cumplimiento a la sentencia del 30 de noviembre de 2011, proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, reconociendo y pagando a la accionante la pensión de vejez en cuantía de un salario mínimo legal mensual a partir del 16 de abril de 2006 (*pág. 64 a 74, archivo “01Demanda”*).

- Sobre la excepción de cosa juzgada.

Para resolver la controversia, es pertinente indicar que el artículo 303 del CGP asigna el efecto de cosa juzgada a las decisiones que se

han pronunciado sobre el mismo objeto (frente a iguales pretensiones), por los mismos hechos (la misma causa), cuando existe identidad jurídica entre las partes. Esta figura fue instituida con el fin de evitar la adopción de decisiones judiciales que implicarían una nueva revisión de asuntos ya resueltos de fondo por la jurisdicción.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que para que se predique el fenómeno de la cosa juzgada, debe existir entre ambos procesos identidad: (i) de personas o sujetos (*eadem personae*), de modo que se trate del mismo demandante y del mismo demandado; (ii) de objeto o cosa pedida (*eadem res*), esto es, del beneficio jurídico que se solicita o reclama (no el objeto material), y (iii) de causa de pedir (*eadem causa petendi*), es decir, el hecho material, que sirve de fundamento al derecho reclamado (CSJ SL 39366-2012, SL6097-2015 y SL470-2019, entre otras).

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta el anterior referente normativo y jurisprudencial, una vez revisado el expediente la Sala concluye que en el presente asunto operó la excepción de cosa juzgada. En efecto, en el proceso tramitado por el Juzgado Veinte (20) Laboral del circuito de Bogotá con número de radicación 11001310502020100095500 (*archivo “19ExpedienteJuzgado20Laboral”*) que finalizó con sentencia del 30 de noviembre de 2011 (*pág. 65 a 71, archivo “19ExpedienteJuzgado20Laboral”*) se condenó al ISS hoy **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a partir del 16 de abril de 2006. En dicho proceso la controversia principal, radicó en el reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en el régimen de transición y así lo dispuso el despacho judicial, pues aplicó para todos los efectos el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Ahora bien, en el proceso que nos ocupa, la parte demandante grosso modo pretende el reajuste de la mesada pensional teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años de cotización y una tasa de reemplazo del 84% *pág. 98 a 112, archivo “01Demanda”*).

De los textos referidos, resulta claro para la Sala que el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá zanjó la controversia relacionada con el monto de la mesada pensional y por ello es dable concluir que en principio operó la excepción de cosa juzgada, pues se advierte la identidad de objeto, causa y partes entre este juicio y el tramitado en la sede judicial referida.

En efecto, al tenerse en cuenta en el proceso primigenio los mismos periodos e historia laboral sobre los cuales se edifica la presente controversia y a pesar de eso el despacho judicial fijó la cuantía en un salario mínimo legal mensual vigente, le correspondía a la parte demandante interponer los recursos pertinentes para que se validara o modificara dicho cálculo y ante tal omisión se infiere su plena conformidad con la decisión tomada en dicha data, no siendo procedente reabrir dicha controversia a través de una nueva acción ordinaria laboral para subsanar las falencias de defensa judicial que no se ejecutaron de forma oportuna, lo que descarta los argumentos del recurrente y, por ende, la prosperidad de sus pedimentos.

Aun con todo, existen elementos de juicio adicionales que impiden el reconocimiento pensional que se reclama, conforme se explica a continuación:

En el presente asunto no es objeto de estudio la legalidad de la sentencia emitida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 2011 en el proceso con radicado 11001310502020100095500 (*pág. 65 a 71, archivo “19ExpedienteJuzgado20Laboral”*), por lo que cualquier irregularidad en el reconocimiento pensional no puede ser atribuirle a esta Sala, menos aún responsabilidad disciplinaria, fiscal o de cualquier otra índole.

Lo anterior resulta de vital importancia en el presente asunto puesto que un análisis preliminar permite evidenciar que **MARINA DE JESUS CARDONA BARRIGA** para el momento en que cumplió 55 años de edad no tenía causado estatus pensional, contrario a lo determinado por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en citada sentencia, donde además para encontrar acreditada las 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años de servicios tomó en cuenta el tiempo transcurrido entre los 30 y 50 años de edad de la afiliada, cuando lo correcto era revisar las semanas cotizadas entre los 35 y 55 años de edad (16 de abril de 1986 a 16 de abril de 2006), en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. De haberse percatado de esta situación se habría concluido que durante esos 20 años de servicios tan solo reunió 481.28 semanas y durante toda la vida laboral, a esa fecha, había cotizado al ISS un total de 796.57 semanas. Y sumando todos los periodos reportados al ISS hasta el 30 de noviembre de 2009, fecha de la última cotización, le reportan 959.14 semanas, no cumpliendo el requisito de las 1.000 semanas exigidas en el Acuerdo del ISS.

Y aunque tiene 1.327 días de servicios prestados al Ministerio de Defensa, la acumulación de tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión bajo el Acuerdo 049 de 1990 para la fecha de la referida sentencia (30 de noviembre de 2011) aun no era posible, puesto que tan solo fue autorizada por la Corte Constitucional en la sentencia SU769 de 2014 y por la Corte Suprema de Justicia a partir de las sentencias SL1947 de 2020 y SL1981 de 2020. Quizás la acumulación servirá para un eventual estudio de la prestación bajo los requisitos de la Ley 71 de 1988, aspecto que no hace parte del presente litigio y que, en gracia de discusión, tampoco le augura un reconocimiento pensional a partir del cumplimiento de los 55 años de edad.

Además, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá no ordenó ni remitió el expediente en grado jurisdiccional de consulta a pesar de que el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que modificó en el

artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, ya se encontraba surtiendo efectos en el Distrito Judicial de Bogotá desde el 1° de julio de 2011, en virtud del Acuerdo PSAA11-8172 de 09 de junio de 2011 expedido por la extinta Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Actuación necesaria por cuanto el Estado tiene la calidad de garante de las pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a cargo del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** (CSJ STL7382-2015).

Por tal motivo, al estar vigente una decisión judicial que reconoció un derecho pensional, pese a no cumplirse los presupuestos de causación, y al no tener competencia esta Sala para disponer alguna determinación, le corresponde a **COLPENSIONES** adelantar los trámites que considere pertinentes para salvaguardar los recursos del sistema pensional, por lo que se le requerirá en tal sentido.

Bajo dicho análisis, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: REQUERIR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que adelante los trámites que considere pertinentes para salvaguardar los recursos del sistema pensional, por lo expuesto.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MUXILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 33-2017-00735-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada de la **DEMANDANTE** contra la sentencia del 14 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas, declaró probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandante (min. 44:10 archivo “22AudienciaFallo”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 9 archivo “01Expediente”).**

SANDRA MERCEDES ORTEGÓN CÁRDENAS llamó a juicio al **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de junio de 2006 al 13 de febrero de 2015, que terminó por renuncia provocada o despido indirecto, al no adaptar el empleador las condiciones de trabajo conforme a la enfermedad laboral que le fue diagnosticada, en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, al pago de un día de salario por cada día que se demore el pago de la deuda y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó en que ingresó a trabajar al servicio del **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** desde el 12 de junio de 2006 hasta el 13 de febrero de 2015, mediante un contrato de trabajo a término

indefinido, desempeñando diversos cargos, labores que cumplió de manera personal, en un horario de trabajo, sin recibir queja por mal comportamiento, que percibió como último salario la suma de \$3.646.000. Indicó, que desde el mes de julio de 2014 se vio afectada su salud presentando dolor constante en mano derecha, brazo derecho y espalda, siendo diagnosticada inicialmente con *epicondilitis lateral*, luego, en agosto del mismo año fue diagnosticada con *tenosinovitis de estiloides radial o tenosinovitis de Quervain*, el día 20 de noviembre de 2014, la EPS ALIANSALUD dictaminó sus condiciones médicas como enfermedad laboral, decisión aceptada por la ARL ALFA S.A. Continuó informando, que la EPS recomendó como tratamiento realizar actividades como pausas activas, adecuada posición del *mouse*, evitar movimientos repetitivos, uso de férulas y verificación y adecuación de las condiciones de la actividad laboral, entre otras. Aseguró, que pese a tales recomendaciones la carga laboral no disminuyó, lo que agravó su salud, por lo que el día 13 de febrero de 2015 renunció al cargo de analista de crédito desempeñado hasta ese momento, por la falta de equivalencia entre la carga laboral asignada y la enfermedad laboral, atribuyendo su renuncia a un despido indirecto y agregando que desde esa fecha no se ha empleado debido a la enfermedad que le aqueja.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 80 a 92 archivo “01Expediente”).**

El **BANCO DE BOGOTÁ** aceptó la pretensión primera de la demanda y se opuso a las demás. Admitió los hechos relativos a la existencia de la relación laboral, sus extremos y la modalidad contractual y dijo no ser ciertos o no constarle los restantes. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 44:10 archivo “22AudienciaFallo”).

El 14 de marzo de 2023, el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada **BANCO DE BOGOTÁ** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **SANDRA MERCEDES ORTEGÓN CÁRDENAS**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y demás propuestas por la demandada, conforme a las razones expuestas en parte motiva de esta providencia. **TERCERO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de la parte demandante, agencias en derecho ½ SMLMV. Se notifica en estados la presente decisión. Téngase en cuenta si no presenta recurso de apelación por la demandante, se procederá a remitir el expediente en el grado jurisdiccional de consulta para que esta decisión sea revisada en su integralidad por el superior (...).”*

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar las causas que originaron la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes y si estas corresponden a un despido indirecto, y en caso de resultar positiva la hipótesis, determinar si la demandante tiene derecho a que el Banco reconozca y pague a su favor la indemnización por despido sin justa causa, así como determinar si hay lugar a la procedencia de la sanción moratoria que se reclama.

Para resolver, el Juez de primer grado indicó que conforme a la normatividad aplicable y al precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, las cargas probatorias en materia del despido indirecto producto de la renuncia del trabajador se configura cuando el empleador incurre en alguna de las causas previstas en el literal b, del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 CST, razón por la cual, le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció a justas causas o motivos atribuibles al empleador, y de ser el caso, que tenga efectos indemnizatorios. En el presente caso, tuvo como documental más relevante la renuncia de la accionante, el correo de la señora SONIA CAMPOS, directora de recursos humanos, en el que manifiesta conocer las recomendaciones por parte de la EPS, la calificación de origen emitida por ALIANSALUD EPS, la carta de la ARL indicando que la enfermedad es de origen laboral, historia clínica, las recomendaciones laborales emitidas por la ARL que indican que es posible realizar sus funciones, sin señalar que se le deben hacer disminuciones en la carga laboral, así como las testimoniales, de

las cuales extrajo que a pesar de que sí se acredita una recomendación que tenía la demandante previa la terminación del vínculo, en el expediente no obran las recomendaciones de la EPS explícitas, que debía cumplir el empleador, no hay recomendación que hable sobre la disminución de la carga laboral en el uso de un dispositivo de cómputo, al no tener ese requisito de especificidad, claridad que jurisprudencialmente se pide para indagarle al empleador su omisión, no se probó que el vínculo hubiera terminado efectivamente por las razones expuestas en la carta de renuncia, por el contrario, la demandada acreditó que realizó algunas acciones tendientes a acoger las recomendaciones dadas, reduciendo las funciones en el uso del computador.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 45:20 archivo “22AudienciaFallo”).

La apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo, para en su lugar tenerse por demostrado el despido indirecto y condenar a la demandada. Argumentó, que en el plenario sí se acreditaron cuáles fueron las recomendaciones que en su momento la EPS emitió para efectos de mitigar la enfermedad laboral de la trabajadora, lo que se encuentra en el documento anexo a la demanda, que corresponde al formato de seguimiento de recomendaciones obrante a folio 17, el cual si bien el Juez lo mencionó como documental obrante dentro de la actuación, no lo tuvo en cuenta como la prueba que acredita las recomendaciones que el **BANCO DE BOGOTÁ** no cumplió y, aun cuando no se trata de un documento a través del cual se establezca directamente las recomendaciones establecidas por la EPS, lo cierto es que allí si se consigna el seguimiento de un total de ocho recomendaciones de ALIANSALUD S.A., por lo que al señalarse que no se acreditaron cuáles fueron las recomendaciones porque no existe dentro del plenario el documento emitido por la EPS en donde se plasmen las mismas, obvia las circunstancias ocurridas en este caso que indican que el Banco demandado debe ser condenado.

Adujo, que dos de las recomendaciones principales refieren a realizar pausas activas durante cinco minutos cada dos horas

acompañadas de ejercicios de estiramiento para miembros superiores y evitar movimientos repetitivos y manipulación de cargas, las cuales tienen incidencia en la carga laboral que tenía la trabajadora, siendo que desde correo electrónico del 10 de febrero de 2015 la trabajadora informó que le había sido asignada una labor que desmejoraba su condición médica, documento que corrobora que así fuera por un día no se estaban cumpliendo las recomendaciones médicas de la EPS a razón de la alta carga laboral, la cual no le permitía a la trabajadora realizar sus pausas activas, ni disminuir el uso del computador. Asimismo, señaló que la demandada no cumplió la recomendación relativa a capacitar a la trabajadora en los aspectos señalados en el documento anexo visto a folio 147; que si bien el Banco intentó disminuir la actividad repetitiva de digitación, la disminución no resultó eficaz porque la condición de salud empeoró, por lo que la demandada no veló por la salud de la trabajadora y que la renuncia de la demandante obedeció al incumplimiento por parte del empleador de garantizar sus condiciones laborales.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDADA** solicitó confirmar el fallo. La parte demandante no presentó alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto se configuró un despido indirecto, y en caso afirmativo, si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de las condenas rogadas en la demanda, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos:: **i)** entre las partes, por una lado la demandante **SANDRA MERCEDES ORTEGÓN CÁRDENAS**, en condición de trabajadora y por otro, la demandada **BANCO DE BOGOTÁ S.A.**, en condición de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo como extremo inicial el 12 de junio de 2006, relación laboral en la cual la actora se desempeñó en el cargo de Analista en la Gerencia Crédito Pyme Bta Norte (Pág. 10 y 93 a 95 archivo “01Expediente”); **ii)** en comunicación del 13 de febrero de 2015 la demandante dio por terminado el contrato de trabajo, por renuncia, aduciendo causas imputables al empleador (Pág. 11 archivo “01Expediente”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones propuestas. La **ACCIONANTE** impugnó la anterior decisión.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones

- Sobre el despido indirecto y la renuncia.

El artículo 62 del CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 CST. 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.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la indemnización por despido indirecto opera

cuando el trabajador acredita dentro del proceso que presentó renuncia al empleador, señalando los hechos que dan lugar a la misma y exponiendo las razones o justas causas por las cuales considera que esta determinación es imputable al empleador, y prueba efectivamente su ocurrencia. (Sentencia radicado 44155 del 26 de junio de 2012 y SL1082-2020).

Adicionalmente, la misma Corporación ha precisado que la renuncia es una manifestación unilateral del trabajador para terminar el contrato de trabajo, de manera consciente, libre, espontánea y alejada de cualquier tipo de constreñimiento, la cual puede ser nula si se acredita vicio del consentimiento (nulidad relativa) o cuando no se acreditan los requisitos para obligarse (nulidad absoluta), tal y como ha indicado la Alta Corte en las sentencias Rad 22.482 del 30 de septiembre de 2004, SL3089 de 2014, SL18541 de 2017, SL3827 de 2020, SL4823 de 2020, entre otras.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, para iniciar se observa la misiva de terminación del contrato presentada por la demandante el 13 de febrero de 2015, esencialmente asentada en:

“la forma improcedente, inadecuada y, que se le ha dado a mi estado de salud, derivada de una enfermedad laboral, que tiene sustento médico de la Administradora de Riesgo Laboral – ARL – ALFA, situación que tiene comunicación formal y escrita a Recursos Humanos y a mi jefe directa.

Sin embargo y pese a las advertencias y recomendaciones de la ARL en mención se ha hecho caso omiso a estas, aumentando la carga laboral a un mayor deterioro en mi salud.

Se me practicó el día 2 de febrero de 2015, una segunda infiltración en el brazo derecho con las debidas terapias a esta sobre carga, una vez más, el tratamiento perdió su efecto con las secuelas que tengo actualmente.

Lamento profundamente tomar esta decisión, pero mi situación derivada de una afectación laboral, no recibió la atención adecuada en esta prestigiosa entidad.”

Asimismo, obra dentro del proceso la carta de aceptación suscrita por la accionada (Pág. 12 archivo “01Expediente”), en la que en lo pertinente señaló:

“...el Banco no comparte los motivos por lo cuales usted fundamenta su renuncia, en la medida en que se considera que hemos cumplido con las recomendaciones laborales emitidas por su EPS, de acuerdo al acta de la reunión sostenida el día 4 de noviembre de 2014, en la cual se revisaron sus funciones frente a las recomendaciones recibidas, siendo aceptadas por usted. Adicionalmente, se le dio el acompañamiento necesario para mantener su estado de salud, teniendo en cuenta que usted recibió visitas de la fisioterapeuta y de la oficial encargada de Seguridad y Salud en el Trabajo, donde se le dieron indicaciones y asesoría respecto higiene postural, utilización de elementos y herramientas de trabajo, así como los ejercicios que debía realizar durante su jornada laboral, tales como pausas activas. También es importante recordarle que el Banco le otorgó todos los permisos que usted requirió para asistir a sus citas médicas y realizar el tratamiento médico que le ordenaron.

Por otro lado, las funciones que usted estaba realizando se redujeron considerablemente, teniendo en cuenta las recomendaciones médicas emitidas, razón por la cual no es cierto que se hubiera aumentado la carga laboral, así como tampoco lo es que el tratamiento hubiera perdido efecto por esta razón, pues usted misma informó al banco de manera verbal que le habían remitido a otros médicos para revisar su caso...”

También milita dentro del diligenciamiento como documentales aportados por las partes y relevantes para el objeto de estudio: conversación electrónica sostenida los días 10 y 11 de febrero de 2015 entre la demandante y la señora SONIA PATRICIA CAMPOS VILLAMIL, - Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo – Dirección de recursos Humanos (Pág. 16 a 17 archivo “01Expediente”); formato de seguimiento a recomendaciones laborales emitido por el **BANCO DE BOGOTÁ** el 04 de noviembre de 2014 (Pág. 18 a 19 archivo “01Expediente”); dictamen de calificación de origen No CO2014-0130 realizado en primera oportunidad por ALIANSALUD EPS el 19 de noviembre de 2014, a través del cual estableció como de origen laboral la patología de *tenosinovitis de estiloides radial de Quervain Derecha* (Pág. 21 a 23 archivo “01Expediente”); misiva de aceptación de calificación suscrita por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A (Pág. 24 a 25 archivo “01Expediente”); descripción del cargo de Analista I Categoría X División de Crédito Dirección de Crédito Pyme Nacional (Pág. 26 a 32 archivo “01Expediente”); historia clínica y epicrisis de la demandante expedidas por COLMEDICA, BIENESTAR IPS y ARL ALFA (Pág. 33 a 54 archivo “01Expediente”), formato de seguimiento a caso fechado del 18 de febrero de 2015 expedido por el **BANCO DE BOGOTA** (Pág. 99 archivo

“01Expediente”); comunicación de fecha 18 de febrero de 2015 emitida por SEGUROS DE VIDA ALFA en la cual hace recomendaciones temporales respecto a la patología de la demandante (Pág. 104 archivo *“01Expediente”*); evaluación de puesto de trabajo con énfasis en carga física de fecha 21 de noviembre de 2014 realizada por ARL ALFA (Pág. 163 a 178 archivo *“01Expediente”*); certificación expedida por ANDRÉS SERNA BAUTISTA – Analista Coordinador – Seguridad y Salud en el Trabajo del **BANCO DE BOGOTÁ** el 12 de abril de 2019 (Pág. 188 archivo *“01Expediente”*).

En el devenir probatorio, se practicó interrogatorio de parte a la demandante, quien indicó que digitalizaba todo el día, sin que el Banco tomara las medidas, que un día envió un correo a recursos humanos informando que había entrado a trabajar a las 8 am y a las 9pm aún seguía digitalizando procesos, a lo cual le respondieron que debía recordarle a su jefe PATRICIA BAQUERO que tenía unas condiciones especiales laborales, dijo que renunció porque venía de una incapacidad y le asignaron un volumen alto de procesos, recibiendo 30 o 40 planillas, por lo que se acercó a su jefe y a los coordinadores para informar que no podría digitalizarlo, a lo cual le respondieron que pidiera permiso para que trabajara el fin de semana; que se acercó a la señora PATRICIA BAQUERO a decirle que era demasiada carga y que como ella era consiente estaba con el cuerpo paralizado y no lo podía hacer, también indica que es falso que los analistas le entregaban los casos digitalizados.

Por otro lado, de las testimoniales se puede extraer que:

La testigo SONIA DEL CARMEN CELY AMÉZQUITA, superior de la jefe de la demandante, manifestó que el cargo de la demandante era analista de crédito categoría x, que conocía de la enfermedad laboral de la demandante porque la gerente PATRICIA BAQUERO le informó que tenía unos requerimientos de la ARL, por lo que tomó las medidas pertinentes, solo recuerda que las medidas que se tomaron frente a este caso era las pausas activas, el auto cuidado y disminución de la carga laboral, por lo que se le entregaron a la demandante proyectos más sencillos que no implicaran tanto tiempo y tanta digitación.

El testigo JUAN SEBASTIÁN RODRÍGUEZ CASTAÑEDA, coordinador de crédito, asegura que conocía de las complicaciones médicas que tenía la demandante, a raíz de esa información se hizo un reajuste de cargas, que la demandante también tenía una licencia de maternidad por lo que fueron flexibles con los horarios y en cuanto a la carga laboral le asignaron procesos más sencillos de sacar y en febrero solo revisaba las planillas y que las empresas cumplieran con los requisitos de cesantías; le consta que a la actora se le asignaron temas manuales del *check list* porque estaba presente cuando se dio la instrucción; señaló que no conocía de las recomendaciones pero la gerente si y por eso dio la instrucción de que los demás analistas hicieran la digitalización de las planillas y la demandante solo el chequeo, manifiesta que la carga se le redujo sustancialmente, pues estaba haciendo el 10% del trabajo que implicaba sacar una planilla, situación que incomodó a varios de sus compañeros; que en febrero, época de PORVENIR, llegaban en promedio 10 o 15 planillas; para finalizar, señaló que no le consta que el día de la renuncia se le hubiesen dejado planillas sin clasificar en el escritorio a la demandante, así como tampoco le consta que le hubiesen pedido trabajar el fin de semana.

Por su parte, el testigo DANY ALEXANDER MACCA, argumentó que conoce a la demandante, quien desempeñaba funciones como analista y coordinadora, él no era el jefe de ella solo era quien transmitía las funciones que designaba la gerente; que en febrero, que era la época de PORVENIR, se dedicaban a sacar planillas y estas debían sacarlas el mismo día o máximo al siguiente día, diariamente entregaban muchas planillas, que a veces debían ir los sábados a trabajar y se quedaban hasta las 8 o 9 pm o el fin de semana completo o sacrificaban horas de almuerzo por el volumen que debían sacar, en promedio por día sacaban 20 planillas, manifiesta que a la demandante le correspondía la misma carga de todos los analistas, incluso cuando estaba enferma le entregaron todas las planillas de PORVENIR y no se le permitió hacer proyectos, se le recargó porque todas las planillas de PORVENIR se las pasaron a ella, esas planillas podían llegar físicas o digitales, por lo que lo hacía manual o usando el computador, en la época en que la demandante laboraba el 90% de las solicitudes llegaban digital; negó la

disminución de las planillas de PORVENIR por su estado de salud, pero informó que sí le retiraron funciones de coordinación, tales como asesorar a los analistas. Dijo que recuerda que la ARL habló directamente con PATRICIA BAQUERO, le consta que la demandante no podía cumplir con esas recomendaciones porque eran muchas funciones las que debía hacer, por lo que debía extenderse del horario laboral, todo lo anterior le consta porque la demandante le comentó que estaba cansada por la sobre carga y que iba a renunciar debido a esa situación.

Y, la testigo MARÍA PATRICIA BAQUERO, jefe de la demandante, manifiesta que en el caso de la actora, dado sus problemas de salud y las recomendaciones de la ARL, a pesar de que era categoría 10, se le tenía que minimizar al máximo el trabajo en el computador, función que tiene que hacer un analista, por lo que la demandante con base en las recomendaciones se le asignaron funciones de labores de apoyo, que consistían en que los analistas le entregaban los proyectos y ella revisaba que el analista hubiera hecho las cosas bien y hacer las planillas de PORVENIR. Comunicó que le informaron las recomendaciones porque era la jefe de la demandante, información que transmitió a los coordinadores para que al momento de hacer las asignaciones tuvieran en cuenta esa situación. Indicó, que las recomendaciones consistían en que no hiciera proyectos crediticios, que disminuyera el uso del computador, además que hicieron arreglos a su espacio de trabajo por parte del área de sistemas. Manifestó que la demandante nunca le dijo que las modificaciones en las funciones le estuvieran deteriorando la salud, pues por el contrario, le dijo que estaba mejorando con las terapias y que el hecho que no hubiera utilizado el computador le había servido mucho, no sabe en qué momento del día la actora hacía pausas activas porque sus funciones no siempre eran en la oficina, sin embargo, dijo que la vio hacer los ejercicios pero no sabe con qué frecuencia; que recuerda que entre el 13 y 14 de febrero la demandante presentó la carta de renuncia, que es mentira que se le hubiera dicho que fuera los fines de semana a trabajar, toda vez que no hubo instrucción de ningún jefe en ese sentido y si un empleado va a trabajar en esos días es por iniciativa propia.

Pues bien, del análisis de las precitadas pruebas, en primer lugar, se tiene que en el presente caso es posible sintetizar las justas causas invocadas por la demandante en la carta de terminación del contrato, así: **i)** manejo inadecuado de su enfermedad laboral, **ii)** omisión del empleador en las recomendaciones y advertencias de la ARL ALFA, **iii)** aumento de carga laboral, todo lo que condujo al deterioro del estado de salud.

Siendo así, y reiterándose que para que proceda el denominado despido indirecto deben ser debidamente demostradas las causas imputables al empleador como justificativas del rompimiento del vínculo contractual, pero únicamente aquellas manifestadas para el momento de la extinción del vínculo, pues en virtud del artículo 62 CST, no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos posteriormente, procede a la Sala a constatar la configuración de la omisión y/o incumplimiento relacionado en la carta de renuncia.

Bajo esa óptica, y conforme al análisis en conjunto de las pruebas vertidas al diligenciamiento, debe señalarse que al proceso no fueron aportadas las advertencias y recomendaciones aducidas por la demandante en su carta de renuncia y sobre las cuales atribuye su incumplimiento por parte del empleador, pues aun cuando el 21 de noviembre de 2014 la ARL ALFA realizó una evaluación al puesto de trabajo de la señora **SANDRA ORTEGÓN**, dentro de la cual los evaluadores en el punto “13. ANEXO” describieron un total de siete recomendaciones (Pág. 177 a 178 archivo “01Expediente”), lo cierto es que las mismas obedecen a sugerencias generales, siendo que solo hasta el 18 de febrero de 2015, esto es, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. comunicó al Banco accionado las recomendaciones temporales específicas a la demandante de acuerdo al estudio de su historia clínica (Pág. 104 archivo “01Expediente”).

Con lo que si contaba la ex trabajadora con anterioridad a la finalización de la relación laboral era con recomendaciones médicas emitidas desde el 24 de octubre de 2014 por la EPS ALIANSALUD, eso sí aclarándose que no obra en el expediente documento en tal sentido

expedido por esa EPS, empero, con los demás medios probatorios recaudados se deduce que por lo menos a partir de dicha data el empleador las conocía (Pág. 18 a 19 y 99 archivo “01Expediente”); circunstancia comunicada a la actora por la señora SONIA PATRICIA CAMPOS VILLAMIL vía mensaje de datos el día 11 de febrero de 2015, mediante el cual le manifestó que para esa calenda la ARL aún no había expedido recomendaciones en razón a que no se tenía concepto del galeno que adelantaba el proceso de rehabilitación, por lo que las emitidas por la EPS continuaban vigentes, causando por demás extrañeza el hecho de que en el libelo de demanda la promotora de la acción tan solo se refiere a las actividades recomendadas por la EPS ALIANSALUD, más no a las alegadas advertencias y/o recomendaciones que invocó en la misiva de renuncia (hecho 7º Pág. 4 archivo “01Expediente”).

Basta lo dicho para despachar desfavorablemente uno de los puntos sobre los cuales la demandante afinca su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, habida consideración que no se probó la omisión del **BANCO DE BOGOTÁ** en acatar las recomendaciones médicas dadas por la ARL ALFA, en tanto las mismas solo fueron puestas en su conocimiento con posterioridad a la renuncia.

Ahora, teniendo en cuenta que la demandante invocó igualmente un manejo improcedente e inadecuado de su enfermedad laboral y un aumento de su carga laboral, atribuyendo a ello el deterioro de su estado de salud, es menester señalar que con el estudio del acervo probatorio se constituyen como hechos probados, el diagnóstico que padece la demandante denominado *tenosinovitis de estiloides radial de Quervain Derecha* (Pág. 33 a 54 archivo “01Expediente”), que dicha patología deviene de su actividad profesional (Pág. 21 a 25 archivo “01Expediente”) y que las recomendaciones médicas emitidas por ALIANSALUD EPS consistieron en (Pág. 18 a 19 archivo “01Expediente”):

“Realizar pausas activas, durante cinco minutos cada dos horas, acompañada de ejercicios de estiramiento para miembros superiores.

Debe hacer rotación del mouse para uso con ambas manos, por lo menos cada dos horas.

*Evitar movimientos repetitivos y manipulación de cargas.
Evitar labores que requieran vibración en miembros superiores.
Se recomienda el uso de férulas según indicación de fisioterapia o del médico tratante.
Debe tener un adecuado apoyo de los miembros superiores a nivel de muñeca en el momento de hacer labores que impliquen digitar
Con acompañamiento del personal encargado de salud ocupacional de la empresa, verificar y adecuar las condiciones de su actividad laboral.
Continuar con el proceso médico con la EPS, con el objetivo de continuar con el adecuado tratamiento y resolución de su problema de salud, adicionalmente se recomendó control con optometría.”*

En cuanto al manejo que le dio el empleador a la enfermedad de la demandante y por ende, al cumplimiento de las mencionadas recomendaciones médicas, se verifica que el día 04 de noviembre de 2014 se elevó a acta las correspondientes medidas adoptadas de manera mancomunada entre el empleador y la trabajadora, documento que cuenta con la firma de la representante del Banco demandado, señora MARÍA PATRICIA BAQUERO JIMÉNEZ y de la demandante, **SANDRA MERCEDES ORTEGÓN CÁRDENAS**, a saber: En primer lugar, respecto de las pausas activas ordenadas, se dispuso proveer el tiempo requerido, aclarando que es responsabilidad de la trabajadora desarrollar los ejercicios; en segundo lugar, en cuanto a las recomendaciones de hacer rotación del *mouse* para uso de ambas manos, hacer uso de férulas y continuar con el proceso médico con la EPS, se indicó que las mismas deben ser atendidas por la colaboradora como parte de su auto cuidado; con relación a las recomendaciones de evitar movimientos repetitivos, manipular cargas y labores que requieran vibración en miembros superiores, se señaló que en el cargo que desempeña la demandante no se debe manipular cargas, la labor de digitación la hace a su ritmo y no usa elementos que emitan vibración; en lo que atañe al adecuado apoyo de los miembros superiores, se dijo que cuenta con una mesa de trabajo que cumple las medidas ergonómicas necesarias; y por último, frente a la recomendación de acompañamiento personal encargado de salud ocupacional, se señaló que en el mes de septiembre de 2014 se realizó la visita de inspección y orientación sobre la ubicación de elementos y

herramientas de trabajo realizada por el área de Salud Ocupacional (Pág. 18 a 19 archivo “01Expediente”).

Lo anterior, se acompasa con los dichos de los deponentes, quienes al unísono reconocieron que la demandante padecía de complicaciones médicas por las cuales tenía ciertas recomendaciones, y al respecto informaron que el BANCO redujo la carga laboral de la demandante, incluso señalándose que el trabajo de la actora correspondía solo a un 10% de lo que realizaba con anterioridad, que se le minimizó su trabajo en el computador, que le fueron asignados procesos más sencillos que no requerían tanta digitación y que se le asignaron labores de apoyo que consistían en revisar los proyectos de los demás analistas y hacer las planillas de PORVENIR, las cuales eran físicas o digitales por lo que no le correspondía la digitalización de todas ellas, además, que esa labor solo la realizaba en el mes de febrero y, que debido a su embarazo también tuvo un horario de trabajo más flexible.

De manera que, no probó la actora el aumento de su carga laboral, y aun si en gracia de la discusión, se aceptara que el reajuste de funciones adoptado por el empleador ocasionó el aumento en el volumen de su trabajo, lo cierto es que de las declaraciones escuchadas se puede colegir que las labores asignadas a la demandante eran más sencillas de realizar y se encontraban dentro de los límites establecidos en las recomendaciones de la EPS, máxime que ninguna de ellas refirió al deber de disminuir la carga laboral de la ex trabajadora.

Así entonces, tampoco queda demostrada el inadecuado manejo que el empleador diera a la patología de la demandante, menos aún se demostró que la actuación que tomó el **BANCO DE BOGOTÁ** hubiese ocasionado un deterioro en su estado de salud, pues por el contrario, el Banco logró acreditar su conducta diligente para el caso específico de la enfermedad laboral que aqueja a la actora, demostrando que adoptó las medidas necesarias tendientes a proteger la integridad de su trabajadora y evitarle un daño o menoscabo en la salud.

Conforme a lo expuesto, se concluye que en el *sub lite* no quedó comprobada una o todas las justas causas invocadas en la carta de

terminación del contrato, reiterándose que para que proceda el denominado despido indirecto debían ser debidamente demostradas en el desarrollo del proceso.

Agotada como está la competencia de segunda instancia por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por la abogada de la parte actora, se confirmará la decisión objeto de apelación que llegó a la misma conclusión.

Se confirmarán las costas de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

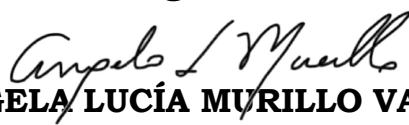
RESUELVE

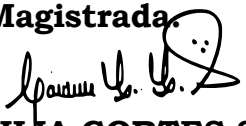
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: SIN COSTAS en la segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.34-2021-00017-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la **DEMANDADA** contra la sentencia del 16 de marzo de 2023, que declaró la existencia un contrato de trabajo vigente entre el 06 de noviembre de 2019 al 30 de noviembre de 2020 con una remuneración mensual de \$1.800.000, condenó a **COLCHONES REM S.A.S.** al pago por concepto de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, vacaciones, indemnizaciones de los artículos 64 y 65 CST, sanción moratoria del artículo 99 de la ley de 50 de 1990, aportes en pensión y costas del proceso. (min. 58:07 archivo “17Audiencia16032023”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 15 archivo “02DemandaAnexos”).**

TATIANA VELOZA FLÓREZ llamó a juicio a la sociedad **COLCHONES REM S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de carácter laboral por obra o labor y luego a término indefinido, vigente entre el 06 de noviembre de 2019 y el 30 de noviembre de 2020; en consecuencia, se condene al pago de la reliquidación de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones, junto con la indemnización moratoria del artículo 65 CST, sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, sanción

por el no pago de intereses a las cesantías del artículo 3 de la ley 52 de 1975 e indexación.

Como fundamento de pretensiones, señaló que ingresó a trabajar al servicio de **COLCHONES REM S.A.S.** desde el 06 de noviembre de 2019 hasta el 19 de febrero de 2020, mediante contrato por obra o labor determinada; luego, entre el 20 de febrero de 2020 y el 30 de noviembre de 2020, por medio de otrosí, suscribió contrato a término indefinido para personal de dirección, confianza y manejo para desempeñar el cargo de *Product Designer*. Dijo, que dentro de sus funciones se encontraba el registro de desarrollo de producto, revisión y exhibición de puntos de venta; que percibió inicialmente como salario la suma de \$1.600.000 y luego la suma de \$1.800.000 y que su empleador suscribió una cláusula para el pago de los denominados *beneficios extralegales* por la suma inicial de \$640.000 y posteriormente de \$720.000 para ejecutar las funciones propias de su cargo a fin de desplazarse a las instalaciones de los clientes y proveedores, sin embargo, dentro de sus funciones no se encontraba esa actividad, por lo que su finalidad era remunerar de manera directa sus servicios. Aseguró, que dichos rubros se pagaban de manera habitual pero no fueron tenidos en cuenta como factor salarial al momento de liquidar las acreencias laborales ni para el pago de aportes parafiscales. Para finalizar, dijo el empleador terminó la relación laboral de manera unilateral el 30 de noviembre de 2020, pagando de manera incompleta las prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 2 a 22 archivo "04ContestacionColchonesRemS.A.S.").**

COLCHONES REM S.A.S se opuso a las pretensiones tercera y subsiguientes. Aceptó los hechos relativos a la vinculación laboral de la demandante desde el 06 de noviembre de 2019 mediante contrato obra o labor determinada para ocupar el cargo de *Product Designer*, la suscripción de otrosí el 20 de febrero de 2020 modificando la modalidad contractual a un contrato a término indefinido, el monto del salario, el acuerdo de pago del beneficio extralegal y la habitualidad de su pago. Expresó no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de

buena fe, inexistencia de la obligación, pago total de la obligación, cobro de lo no debido, mala fe del demandante y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 58:07 archivo “17Audiencia16032023”)

El 16 de marzo de 2023, el Juzgado (34) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre TATIANA VELOZA FLÓREZ y la demandada SOCIEDAD COLCHONES REM S.A.S. en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, existió un contrato de trabajo vigente entre el 6 de noviembre de 2019 y el 20 de febrero de 2020 y que el mismo se modificó mediante un otrosí al contrato cambiando la modalidad del mismo a un contrato a término indefinido del 20 de febrero de 2020 al 30 de noviembre de 2020, con una remuneración mensual de \$1'800.000. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD COLCHONES REM S.A.S. a pagar a favor de TATIANA VELOZA FLÓREZ por los siguientes valores y conceptos: por el concepto de cesantías un valor de \$583.891, por el concepto de intereses a las cesantías \$59.873,67, por primas de servicio \$679.182, por vacaciones \$630.500, por indemnización artículo 64 del C.S.T. \$795.000, respecto a la sanción moratoria artículo 99 Ley 50 de 1990 \$17.700.000. TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD COLCHONES REM S.A.S., a pagar a favor de TATIANA VELOZA FLÓREZ, la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., que corresponde al pago de un día de salario fijado en la suma de \$60.000, causados a partir del 1 de diciembre de 2020 y hasta cuando se verifique el pago, lo anterior, en la medida que, desde el momento de la terminación del contrato laboral hasta el momento de radicación del presente proceso no había transcurrido más de los 24 meses, situación por lo que se calcula dicha indemnización. CUARTO: CONDENAR a la demandada, al reconocimiento y pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, según el cálculo que para el efecto realice el fondo administrador de pensiones al que se encuentre afiliado la demandante y a su entera satisfacción, tomando en cuenta los extremos de la relación laboral y los meses y años que indique la AFP faltantes por cotización, como a su vez deberá tomar para dicha liquidación el valor de \$1'800.000 como salario. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la pasiva. SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, inclúyase en la liquidación de costas la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, valor en que se estiman las agencias en derecho (...).”

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si en aplicación del principio de la primacía de la libertad y realidad sobre las formas, entre la demandante y la demandada existió un contrato de trabajo, y de

ser positivo esto, fijar los extremos de la relación laboral, el salario pactado, si fue terminado sin justa causa por el empleador, y como consecuencia de lo anterior, si es procedente imponer condena a la sociedad demandada para el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales, compensación de vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 CST, la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990, la indemnización por el no pago de los intereses a las cesantías, todo debidamente indexado, más las costas procesales y agencias en derecho.

Para resolver, el Juez indicó que en el presente caso no hay discusión entre las partes frente a la existencia de la relación de carácter laboral, ni de la modificación del contrato que acordaron las partes por medio de otrosí, ni del cargo desempeñado por la demandante, ni la terminación de la relación laboral por decisión unilateral del empleador. Frente a los extremos de la relación laboral, dijo que no hay controversia con relación a la fecha inicial, que lo fue desde el 06 de noviembre de 2019 y que, de acuerdo a las pruebas recaudadas, el vínculo finalizó el 30 de noviembre de 2020.

En lo que importa al recurso de apelación, el Juez de primera instancia señaló que si bien el empleador intentó excluir del salario las bonificaciones canceladas, lo cierto es que se encuentra expresamente plasmado en la redacción de las cláusulas del contrato la distinción de tales rubros, destinado para que la demandante lleve a cabo las funciones para las cuales fue contratada para cubrir los gastos de desplazamiento y alimentación, por lo que es un emolumento que se otorga para la ejecución de la función directamente relacionada con el servicio prestado; asimismo, que en el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada no se expresó a qué hacía referencia dicho pago, limitándose a decir que era de mera liberalidad y de tipo extralegal y que se pagaba mensualmente, por lo que consideró que los beneficios extralegales no se tuvieron en cuenta como factor salarial, y obedeciendo al principio de la realidad sobre las formas, es claro que desde la forma que están escritas las cláusulas se entiende que los beneficios son directamente relacionados con el cargo que ostentó la

demandante, pues se encontraban destinados para sufragar los gastos de desplazamiento y para ejecutar las funciones propias de su cargo. Agregó, que la carga de la prueba relacionada a demostrar la acreditación específica de los beneficios pactados se encuentra en cabeza de la demandada, lo que no se demostró en el proceso, concluyendo que los valores destinados por las partes como beneficios extralegales son constitutivos de salario y calculando el último salario devengado en la suma de \$1.800.000, con base en el cual liquidó las acreencias solicitadas por la demandante, condenando al pago de las diferencias de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

De igual, impuso condena por concepto de indemnización moratoria, tras considerar que la mala fe del empleador se demostró por el solo hecho de disfrazar el pago de los beneficios extralegales.

Con relación al pago de aportes en pensión, dijo que no existe certeza de si el empleador cotizó al Sistema General de Pensiones, por lo procede condena por este concepto, haciendo la salvedad de que deben consignarse los aportes faltantes al fondo al que se encuentre afiliada la demandante, previo al cálculo actuarial que realice la administradora de pensiones, teniendo en cuenta un salario de \$1.800.000 y durante los extremos temporales fijados.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 1:01:13 archivo “17Audiencia16032023”)

El apoderado de **COLCHONES REM S.A.S.** presentó recurso de apelación, sustentado en que queda clara la relación contractual que existió entre la demandante y la demandada desde el 06 de noviembre de 2019 al 30 de noviembre de 2020, no obstante, existe duda frente al análisis que el juez le dio a los factores no salariales, pues no atendió lo dispuesto en el artículo 128 CST, que dispone que no harán parte como factor salarial los beneficios habituales u ocasionales acordados convencionalmente o contractualmente y otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales de servicios o de navidad,

por lo que no comparte el argumento del juez relativo a que tales valores se disfrazaron por el empleador, cuando es claro que dentro del contrato y del otrosí se estableció claramente que la bonificación no salarial correspondía al concepto de transporte y alimentación que el empleador otorgó a la trabajadora por mera liberalidad. Igualmente, manifiesta que dentro del interrogatorio de parte la demandante manifestó que el contrato y el otrosí fueron firmados de manera libre y voluntaria, demostrando su conocimiento con relación a los emolumentos no salariales que recibiría. Pide se absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, argumentando que si bien la demandada incluyó el auxilio extralegal como no constitutivo de salario, la finalidad del mismo, el cual no guarda relación alguna con las funciones que desempeñaba la demandante, lo deslegitima, al punto de convertirlo en una generalidad utilizada por el empleador para disfrazar valores devengados por el trabajador como retribución de su trabajo, atendiendo a su vez la periodicidad, habitualidad y permanencia del mismo y que el extremo demandado no probó que efectivamente el propósito del salario, denominado auxilio extralegal, tenía como propósito retribuir la prestación personal del servicio efectuado por la trabajadora. El extremo demandado no presentó alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de declarar como salario el beneficio extralegal pactado por las partes en el contrato de trabajo; en tal caso, si proceden las condenas impuestas a la

demandada, de conformidad con el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i)** entre las partes, por un lado la demandante **TATIANA VELOZA FLÓREZ**, en condición trabajadora y, por otro, la demandada **COLCHONES REM S.A.S.**, en condición de empleadora, se celebró un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada para personal operativo, para desempeñar el cargo de *Product Designer*, vigente entre el 06 de noviembre de 2019 y el 20 de febrero de 2020 (Pág. 58 a 74 archivo "02DemandaAnexos"); **ii)** el 20 de febrero de 2020, las partes suscribieron otrosí al contrato de trabajo, cambiando su modalidad a un contrato a término indefinido para personal de dirección confianza y manejo (Pág. 44 a 57 archivo "02DemandaAnexos"); **iii)** el empleador terminó la relación laboral de manera unilateral, despidiendo sin justa causa a la demandante el 30 de noviembre de 2020 (Pág. 70 a 72 archivo "04ContestacionColchonesRemS.A.S.").

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró la existencia un contrato de trabajo vigente entre el 06 de noviembre de 2019 al 30 de noviembre de 2020, declaró el carácter salarial del concepto denominado beneficio extralegal, y en virtud de ello, condenó a la sociedad demandada a pagar las diferencias por concepto de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización del artículo 64 CST, así como al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 *ibídem*, sanción moratoria del artículo 99 de la ley de 50 de 1990, aportes en pensión y costas. La **DEMANDADA** impugnó la anterior decisión.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones.

- Sobre el concepto de salario.

Conforme el artículo 127 CST, el salario abarca la remuneración ordinaria del trabajador y también todo lo que este percibe en dinero o

especie como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. De lo anterior, es posible inferir que es salario todo pago, en dinero o especie, que retribuye el servicio personal prestado por el trabajador.

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificó el artículo 128 CST, declarado exequible por la H. Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, a fin de indicar que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco los pagos que recibe, no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente o dados de forma extralegal, si las partes disponen expresamente que no constituyen salario, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que aparezca en una cláusula del contrato o en un otrosí que suscriban las partes y con aparentes tintes de legalidad, pues tales estipulaciones simple y llanamente pierden eficacia a la luz del artículo 43 CST (sentencias CSJ SL403-2013, SL10995-2014, SL4866-2020, SL986- 2021, entre otras).

Igualmente, la misma Corporación ha resaltado que las partes unidas mediante un contrato de trabajo pueden establecer que determinados pagos no constituyen salario, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo y por tanto no es para beneficio del trabajador, mucho menos para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (SL9544-2014, SL10995-2014, SL1437-2018). A su vez, que el acuerdo entre las partes debe especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial de forma expresa, clara, precisa y detallando cada

rubro que cobija, so pena de que toda clausula global o genérica que cause duda sobre si es o no salario deba ser resuelta a favor del trabajador (CSJ SL1798-2018, SL4342 de 2020, SL4866 de 2020).

De otra parte, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y, de ser así, en principio, estos se consideran retributivos del servicio, trasladándose la carga de la prueba al demandado, quien, para evitar las consecuencias prestacionales, debe demostrar que su fin era otro (sentencias CSJ SL12220-2017, SL5159-2018, SL986-2021, SL4313-2021).

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, conforme al contrato de trabajo celebrado entre las partes el 06 de noviembre de 2019, se tiene que en su cláusula segunda se estableció como remuneración la suma mensual de \$960.000, igualmente reconociendo el empleador un *auxilio extralegal de transporte y alimentación* por valor de \$640.000, así (Pág. 63 a 65 archivo “02DemandaAnexos”):

“PARÁGRAFO 6.- BENEFICIOS EXTRALEGALES. *Las partes acuerda que en los casos en que se le reconozca al **TRABAJADOR (A)** beneficios diferentes al salario, por concepto de alimentación, habitación o vivienda, transporte y vestuario, se considerarán tales beneficios o reconocimientos como no salariales y por tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales, ni para el pago de aportes parafiscales, de conformidad con las Arts. 15 y 16 de la ley 50/90, en concordancia con el Art. 17 de la Ley 311/96. Así mismo las partes estipulan que por tratarse de beneficios extralegales no constitutivos de salario y por mera liberalidad de EL EMPLEADOR, éste se reservará el derecho de modificarlos o suprimirlos en forma unilateral en cualquier momento cuando las condiciones de la empresa así lo exijan, sin que ello implique desmejora alguna en las condiciones laborales de **EL TRABAJADOR (A)***

*De conformidad con la presente estipulación el **EMPLEADOR** concederá al trabajador los siguientes beneficios:*

*En razón a que **EL EMPLEADO** para ejecutar las funciones propias de su cargo, debe desplazarse a las instalaciones de las clientes y proveedores, acuerdan las partes, de que **EL EMPLEADOR** cancelará al **EMPLEADO** un **AUXILIO EXTRALEGAL DE TRANSPORTE Y***

ALIMENTACIÓN DE SEISCIENTOS CUARENTA MILPESOS (\$640.000) MCTE, mensuales, suma que se destinará **EL EMPLEADO** a sufragar los gastos originados en tales desplazamientos”

Posteriormente, mediante otro sí al contrato de trabajo, las partes convinieron como salario la suma mensual de \$1.080.000 a partir del 20 de febrero de 2020, e igualmente reconociéndose en su cláusula tercera el pago de un *auxilio extralegal de transporte y alimentación* por valor de \$720.000, de la siguiente manera (Pág. 49 archivo “02DemandaAnexos”):

“TERCERA. BENEFICIOS EXTRALEGALES. Las partes acuerda que en los casos en que se le reconozca al **TRABAJADOR (A)** beneficios diferentes al salario, por concepto de alimentación, habitación o vivienda, transporte y vestuario, se considerarán tales beneficios o reconocimientos como no salariales y por tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales, ni para el pago de aportes parafiscales, de conformidad con las Arts. 15 y 16 de la ley 50/90, en concordancia con el Art. 17 de la Ley 311/96. Así mismo las partes estipulan que por tratarse de beneficios extralegales no constitutivos de salario y por mera liberalidad de **EL EMPLEADOR**, éste se reservará el derecho de modificarlos o suprimirlos en forma unilateral en cualquier momento cuando las condiciones de la empresa así lo exijan, sin que ello implique desmejora alguna en las condiciones laborales de **EL TRABAJADOR (A)**

De conformidad con la presente estipulación el **EMPLEADOR** concederá al trabajador los siguientes beneficios:

En razón a que **EL EMPLEADO** para ejecutar las funciones propias de su cargo, debe desplazarse a las instalaciones de las clientes y proveedores, acuerdan las partes, de que **EL EMPLEADOR** cancelará al **EMPLEADO** un **AUXILIO EXTRALEGAL DE TRANSPORTE Y ALIMENTACIÓN DE SETECIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$720.000) MCTE**, mensuales, suma que se destinará **EL EMPLEADO** a sufragar los gastos originados en tales desplazamientos”

Los anteriores documentos cuentan con la firma de la demandante en señal de aceptación.

Ahora, dentro de las documentales aportadas y relevantes para el objeto de estudio, se encuentra la liquidación del contrato de trabajo, extrayéndose que la misma se efectuó con una base salarial equivalente a \$1.080.000 (Pág. 22 archivo “02DemandaAnexos”). Además, milita el extracto de cesantías expedido por PROTECCIÓN (Pág. 23 archivo “02DemandaAnexos”); los desprendibles de nómina de los meses de noviembre a diciembre de 2019 y enero a octubre de 2020 (Pág. 24 a 36

archivo "02DemandaAnexos"); el perfil del cargo *Product designer* (Pág. 37 a 40 archivo "04ContestacionColchonesRemSA") y; la relación de pagos efectuados a la demandante (Pág. 73 a 83 archivo "04ContestacionColchonesRemSA").

En el devenir probatorio, se escuchó en interrogatorio de parte a **TATIANA VELOZA**, quien dijo haberse vinculado con la demandada el 30 de octubre del 2019 por un contrato fijo a tres meses, luego pasó a un contrato a término indefinido, que desempeñaba el cargo de diseñadora de productos y que devengaba un salario de \$1.800.000 dentro del cual se incluía una bonificación mensual de aproximadamente \$720.000, suma que le era reconocida por hacer funciones adicionales a las que realizaba como ir a visitar proveedores; que la demandada canceló sus prestaciones sociales pero no quedaron bien liquidadas; que la demandada le entregaba un papel cuando le pagaban su salario pero nunca entendió el documento y que no recuerda el valor que le cancelaron por concepto de liquidación.

Por otro lado, manifestó que estuvo afiliada a EPS y no encontró el pago de aportes en pensión. Aseguró, que la demandada estaba en proceso de liquidación, que la despidieron sin justa causa, que reclamó el pago de la diferencia en su liquidación después de un tiempo porque en ese momento desconocía que no había sido bien liquidada. Aceptó haber leído el contrato de trabajo al momento de su firma, aduciendo que no tenía claridad respecto al beneficio extralegal, pero firmó porque tenía la necesidad de trabajar, rúbrica que impuso de manera libre y voluntaria.

A su turno, el representante legal de la demandada **COLCHONES REM S.A.S.**, señaló en lo pertinente, que el salario de la demandante inicialmente fue de \$960.000 y una bonificación no salarial de \$600.000, luego en el contrato indefinido el salario era de \$1.080.000 y una bonificación de \$720.000, remuneración de mera liberalidad y no salarial que se pagaba de manera permanente y mensual con la nómina ya que así estaba pactada tanto en el contrato como en el otro sí, en virtud a la facultad que tienen los empleadores de generar pagos no salariales. Dijo, que a la demandante si se le pagaron los aportes a la seguridad social

integral y no se le debe ninguna prestación social, indicando que desconoce si las vacaciones fueron reconocidas en dinero o disfrutadas en tiempo.

Aseveró, que la demandante era *Product Designer* y de acuerdo con la estructura de la empresa se encargaba de las fichas técnicas y los planos de los productos, lo que tiene un fin técnico y comercial, debía crearlos y mantenerlos, también se encargaba de apoyar la exhibición en los puntos físicos. Por último, dijo que el contrato de trabajo terminó por decisión unilateral del empleador en virtud del artículo 64 CST y que la demandada se encuentra en proceso de liquidación, lo que devino de una crisis financiera ocasionada por la pandemia.

Igualmente, se recibió el testimonio de la señora GINNA PAOLA PINZÓN PEDRAZA, informó que también trabajó al servicio de la demandada desde el mes julio de 2018 mediante un contrato a término indefinido como asesora comercial. Sabe que la demandante ingresó en noviembre de 2019, quien trabajaba en el departamento de diseño de productos, que se encontraba en la misma planta física donde laboraba la demandante pero en diferente piso; que la actora fue contratada para el diseño de productos y todo lo que tenía que ver con innovación de la marca y ganaba más del salario mínimo; que por lo general los contratos que suscribía la empresa con sus trabajadores eran a término indefinido; que los trabajadores tenían un salario básico y adicional recibían mensualmente una suma de dinero. Informó, que cuando finalizó su relación laboral la demandante aún trabajaba en la compañía, por lo que tiene entendido que no le reconocieron las prestaciones sociales en debida forma, lo que sabe porque a ninguno les pagaron las mismas como debía ser, pues las prestaciones fueron liquidadas con base en un salario inferior al devengado. Aceptó, que actuó como testigo en otro proceso de una compañera que fue despedida sin justa causa y la liquidaron de manera indebida en el cual la parte demandada también lo era **COLCHONES REM** y que también tiene una demanda contra la empresa por las mismas causas. Para finalizar, señaló que conoce la situación de la demandante porque era su compañera de trabajo y a ella también la liquidaron mal.

Con el anterior material probatorio y teniendo en cuenta los preceptos normativos y jurisprudenciales citados con antelación en esta sentencia, observa la Sala que la habitualidad, permanencia y uniformidad del pago de los auxilios extralegales percibidos por la actora, es un aspecto que no fue objeto de controversia, pues así fue aceptado por la pasiva desde su contestación y por demás, se corrobora con las pruebas aportadas al proceso. Por tanto, al estar acreditado que la demandante devengó durante la vigencia de la relación laboral una suma directa, periódica y permanente para transporte, le correspondía a la demandada acreditar cuál era la destinación específica de esta remuneración.

Bajo ese escenario, y una vez revisada la redacción de las cláusulas referenciadas, contenidas tanto en el contrato de trabajo como en el otrosí, se tiene que las mismas versan sobre un acuerdo que individualiza de manera clara y concreta cuál de los pagos de la relación laboral carecerían de naturaleza salarial, pues bajo la denominación de *auxilio extralegal de transporte y alimentación*, las partes decidieron excluir expresamente de la base salarial de la demandante, para efectos de la liquidación de acreencias laborales y pago de aportes parafiscales, los gastos originados en los desplazamientos a las instalaciones de clientes y proveedores.

No obstante, aun cuando las partes acordaron que tales auxilios extralegales no tendrían connotación salarial, lo cierto es que dicho pacto se torna ineficaz, en razón a que de la revisión de la totalidad de los elementos de prueba allegados con el expediente, la Sala no evidencia prueba alguna que dé certeza acerca de la destinación exclusiva de esos dineros, o que estuviesen sujetos al fin para el cual fueron creados, esto es, que los mismos tuvieran como fin sufragar los gastos de transporte y alimentación en que incurriera la accionante al visitar las instalaciones de clientes y proveedores, con qué periodicidad debía efectuar tales desplazamientos y cuáles fueron las visitas a clientes que en efecto realizó la demandante.

Aunado, los rubros entregados por concepto de *auxilio de transporte y alimentación* eran cancelados a la trabajadora en dinero

junto a su salario mensual, por lo que bien podía aquella disponer de los dichos dineros para satisfacer sus propias necesidades, reiterándose que no se demostró que en específico la demandante destinara esa parte pagada por su empleador para los acordados desplazamientos.

Siendo ello así, para la Sala no hay duda de que el beneficio denominado *auxilio extralegal de transporte y alimentación*, se otorgó con el propósito retribuir de forma directa y de manera periódica el servicio prestado por la demandante, lo que conlleva a que esos montos devengados se enmarquen en la regulación del artículo 127 CST, por lo que debieron tenerse en cuenta al momento de la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Como tal suceso no ocurrió durante la vigencia y finalización del contrato de trabajo, deviene procedente la reliquidación de las acreencias laborales reclamadas.

Por lo anterior, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas contenido en el artículo 53 Constitucional y que el pacto no salarial suscrito entre las partes no surtió efectos, pues no se demostró cuestión diferente en el plenario, no le queda camino distinto a la Sala que confirmar la decisión de primera instancia que declaró como salario el auxilio extralegal y ordenó la reliquidación de acreencias laborales y aportes pensionales.

Al no presentarse inconformidad alguna con los valores liquidados y fijados por el *a quo*, este Tribunal se releva de su revisión y estudio, en virtud del principio de consonancia (art. 66^a CPTSS).

De esta manera se agota la competencia de la Sala y lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

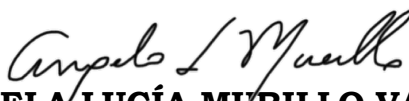
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento de voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: TATIANA VELOZA FLOREZ

DEMANDADO: COLCHONES REM S.A.S

RADICADO: 11001 31 05 034 2021 00017 01

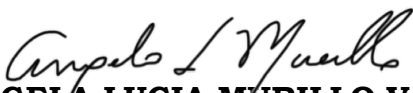
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento de voto respecto de la decisión de señalar que el auxilio extralegal de transporte y alimentación tiene carácter salarial.

Revisado el acervo probatorio obrante en el proceso, tanto los documentos como testimonios e interrogatorio de parte, permite colegir que el denominado auxilio extralegal de transporte y alimentación además de que se pactó entre las partes como no constitutivo de salario, situación permitida por el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por la Ley 50 de 1990 cuando establece que no constituye salario lo que se recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones como medios de transporte ni tampoco lo que las partes pueden disponer expresamente que no constituye salario en dinero o en especie: tales como alimentación; que dichas sumas era para el desempeño de las funciones.

Nótese que desde la demanda, la actora señala que el auxilio era para desplazarse a cumplir las funciones, esto es, para desempeñar a cabalidad la función con los clientes de la demandada; situación que se corrobora en el interrogatorio de parte cuando expuso que era para cumplir con la función de ir a visitar proveedores.

En ese orden de ideas, no se prueba en el presente caso que el pago del auxilio extralegal constituyera una contraprestación directa del servicio como se exige en el artículo 127 del CST, máxime cuando es la misma demandante quien confiesa que dichos valores los recibió para desplazarse a las instalaciones de los clientes, esto es, para el desempeño de la función y no para retribuir la función.


ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 36-2022-00103-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **COLFONDOS** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 24 de julio de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a las demandadas (min. 33:39 archivo “34AudienciaSentencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 17 archivo “03Demanda”).**

LUIS RODULFO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. Como fundamento fáctico, indicó que nació el 11 de mayo de 1961, que se afilió al ISS desde enero de 1978 hasta mayo de 1999, que en mayo de 1999 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad, expresó que no eran ciertos los demás hechos y se opuso a las pretensiones en su contra, formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia del traslado, responsabilidad sui generis, el error de derecho no vicia el consentimiento, falta de causa para pedir, prescripción, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 23 archivo “18ContestaciónColpensiones”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad y la petición presentada, expresó que no eran ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación, ausencia de vicios de consentimiento, validez de la afiliación, prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 1 a 17 archivo “26ContestaciónColfondos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 33:39 archivo “36AudienciaSentencia”).

El 24 de julio de 2023, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por LUIS RODULFO RODRIGUEZ RODRIGUEZ del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1o. de julio de 1999, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS. SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Así mismo entregar el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS, TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. QUINTO: CONDENAR en

*COSTAS a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de un \$1.000.000, a cargo de cada una de las encartadas. **SEXTO:** CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S. (...)*”.

La *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó el demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso se tiene que la AFP no allegó ningún medio probatorio que permitiera aprobar que al demandante se le brindó información clara y completa, que no se acreditó que la AFP hubiera satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpone recurso respecto de la condena en costas, argumentando que representa un detrimento patrimonial para esa entidad, en cuanto no tuvo injerencia alguna dentro del proceso de afiliación, por lo cual la AFP debió cumplir con el deber de información por medio de su asesor, asimismo, que es un tercero de buena fe. Pide sea revocada la sentencia de primera instancia. (min. 28:20 archivo “36AudienciaSentencia”).

La demandada **COLFONDOS S.A.** interpone recurso con relación a la devolución de los gastos de administración y seguros provisionales, considerando que se considera un injusto, ya que al no generarse los rendimientos pensionales es obligación de la AFP completarlos con su patrimonio. (min. 29:05 archivo “36AudienciaSentencia”)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** solicita se mantenga el

fallo de primera instancia el cual concedió las pretensiones, conforme al precedente jurisprudencial. Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los valores descontados durante su permanencia en la AFP y de la condena en costas, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **LUIS RODULFO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** nació el 11 de mayo de 1961 (Pág. 1 archivo “04Anexos”); **ii)** el demandante se afilió al ISS desde enero de 1978 (Pág. 2, 5 a 13 archivo “04Anexos”); **iii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** a través de formulario de afiliación No. 7121101 del 24 de mayo de 1999, efectivo a partir del 01 de julio de 1999, AFP donde se encuentra actualmente (Pág. 19 a 20 archivo “26ContestaciónColfondos”); **iv)** el demandante elevó

solicitud de traslado a **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, peticiones que fueron negadas (Pág. 30 a 39, 46 a 54 archivo “04Anexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a las demandadas. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las

características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo

cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque se le aseguró que el ISS estaba en riesgo de desaparecer y que tendría mejores condiciones en el RAIS a las que tenía en el RPM, pero que con más beneficios, manifestación que no beneficia a la **AFP DEMANDADA**, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis

de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Por las anteriores consideraciones, se prohijará la sentencia de primera instancia. No obstante, se adicionará en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2022 00103 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 37-2020-00597-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por las apoderadas de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 03 de mayo de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos debidamente indexado y declaró válidamente la afiliación en el RPM. (min. 1:58:35 archivo “15ActaAudiencia” – Parte No. 2).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 4 a 18 archivo “01DemandaAnexos”).**

VÍCTOR MANUEL HERNANDO VÉLEZ ABELLO solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 07 de julio de 1965, se afilió al ISS desde el 22 de septiembre de 1989 hasta el 30 de octubre de 2001, que el 26 de septiembre de 2001 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra.

Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe (Pág. 1 a 23 archivo “16ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 58:35 archivo “15ActaAudiencia” – Parte No. 2).

El 03 de mayo de 2023, el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor VICTOR MANUEL HERNANDO VELEZ ABELLO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., actuación que se surtió el 26 de septiembre de 2001. En consecuencia, se declara válidamente la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, conforme de expuso. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones estos dos últimos, es decir, gastos de administración y comisiones deberán ser debidamente indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó el demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho al accionante en su deber de información y que, del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Alegó que la afiliación se llevó de manera libre y voluntaria, que no todos los procesos se pueden juzgar homogéneamente respecto a las ineficacias del traslado; igualmente, pide se revoque la condena por concepto de indexación por cuanto se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontraban en la CAI del demandante, lo que compensa la depreciación de la moneda. (min. 1:49:49 archivo “15ActaAudiencia” – Parte No. 2).

A su vez, la apoderada de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Adujo que el demandante suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, sin que haya mediado vicio de consentimiento, por lo que el actor debió informarse en su momento sobre los distintos regímenes pensionales; y que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto el traslado del demandante afecta significativamente el sistema financiero del RPM (min. 1:51:10 archivo “15ActaAudeincia” – Parte No. 2).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S., actuando como apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Luis Roberto Ladino González, identificado con CC No. 74.080.202 y T.P. No. 237.001 del C. S. J., a quien se le reconoce esa calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos de la alzada.

Por su parte, la doctora Lorena Paola Castillo Soriano, identificada con CC. 1.032.505.290 y TP 404.442 CSJ, adscrita a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., apoderada de **PORVENIR**, solicitó la revocatoria de la sentencia y en su lugar, absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

La parte actora guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho

público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **VÍCTOR MANUEL HERNANDO VÉLEZ ABELLO** nació el 07 de julio de 1965 (Pág. 36 archivo “01DemandaAnexos”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al ISS el 22 de septiembre de 1989 (Pág. 37 a 48 archivo “01DemandaAnexos”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 01612896 del 26 de septiembre de 2001, efectivo a partir del 01 de noviembre de 2001, AFP donde se encuentra actualmente y en la que acumula un total de 1.385 semanas a noviembre de 2020 (Pág. 37 a 117 archivo “06ContestacionDemandaPorvenir”); **iv)** el **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES** para retornar al RPM, petición que fue negada (Pág. 49 a 53 archivo “01DemandaAnexos”); **v)** el **DEMANDANTE** elevó solicitud a **PORVENIR S.A.** solicitud que fue negada.(pág.54 a 106 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el acto del traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos debidamente indexado y declaró válidamente la afiliación en el RPM. Contra

la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada*

decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió

con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque siempre se le aseguró que el ISS estaba en riesgo de desaparecer y que en la entidad donde laboraba le informaron que asesores de la AFP realizarían una visita, en la cual no se le brindó ningún tipo de información; manifestación que no beneficia a la **AFP DEMANDADA**, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde

la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Por las anteriores consideraciones, la Sala prohijará la decisión de primer grado. No obstante, se advierte que nada dijo el *a quo* respecto a la obligación de **COLPENSIONES** de recibir los valores antes referidos e

incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que valga aclarar, no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se adicionará la sentencia.

Asimismo, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los valores trasladados por **PORVENIR S.A.** e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM, sin solución de continuidad, y a actualizar su historia laboral, una vez reciba todos los dineros que deben reintegrar la **AFP DEMANDADA**.

SEGUNDO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: VICTOR MANUEL VELEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2020 00597 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 37-2022-00029-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra el fallo del 27 de junio de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (min. 1:27:22 archivo “15ActaAudienciaSentencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 14 archivo “01DemandaAnexos”).**

MARIBEL DIAZ MUÑOZ solicitó declarar nula su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. Como fundamento fáctico, indicó que nació el 22 de agosto de 1964, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **ING** hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 15 de agosto de 2002, afiliación que se llevó sin que se le suministrara información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales. Por lo cual elevó solicitud a las **DEMANDADAS**, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó que la

DEMANDANTE realizó reclamación administrativa y que ésta fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, el error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho e innominada o genérica (Pág. 3 a 29 archivo “04ContestaciónColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra, aceptó los hechos relativos a la edad. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, aprovechamiento de lo indebido, inexistencia de la obligación y falta de causa, buena fe (Pág. 2 a 25 archivo “09ContestaciónProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:27:22 archivo “15ActaAudienciaSentencia”).

El 27 de junio de 2023, el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora MARIBEL DIAZ MUÑOZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. lo que ocurrió el 15 de agosto de 2002. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, según se expuso. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, así como aquellos descuentos realizados por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos rubros por el periodo que estuvo vinculada en dicho régimen, precisando que los descuentos realizados por gastos de administración, primas de seguros previsionales, así como los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones, serán con cargo a los propios recursos de la entidad accionada PROTECCIÓN S.A. y deberán ser pagados o retornados a COLPENSIONES de manera indexada, según se expuso. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: *CONDENAR EN COSTAS a la demandada PROTECCIÓN S.A, fíjense como agencias en derecho la suma de \$1'500.000 M/Cte.*

QUINTO: *Se ordena remitir las presentes actuaciones al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme se enunció. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó la demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, el Juez indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar el consentimiento informado, asimismo, el saneamiento no procede por el mero paso del tiempo, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho a la accionante en su deber de información, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, puesto que el mismo fue en derecho.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.** conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **MARIBEL DIAZ MUÑOZ** nació el 22 de agosto de 1964 (Pág. 16 archivo “01DemandaAnexos”); *ii)* la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **ING** efectivo desde el 01 de octubre de 2002 y luego a **PROTECCIÓN S.A.** el 01 de julio de 2010, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 17 a 19 archivo “01DemandaAnexos”); *iii)* la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **PROTECCIÓN S.A.**, petición que fue rechazada (Pág. 44 a 46 archivo “01DemandaAnexos”); *iv)* la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 47 a 51 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.**

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino

que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen

pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS, ya que por información suministrada por diferentes medios el ISS iba a desaparecer y que al momento de dicha afiliación no fue asesorada por ningún personal de la AFP, manifestación que no beneficia a **PROTECCIÓN S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la

ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional,

indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Por las anteriores consideraciones, la Sala prohiará la decisión de primer grado. No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

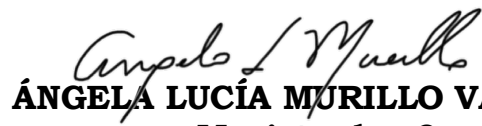
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

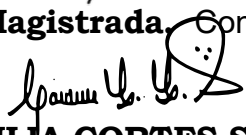
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARIBEL DIAZ MUÑOZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2022 00029 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.38-2021-00254-02

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S.** contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la pasiva al pago de salarios insolutos, prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y costas procesales (*min. 58:42, enlace archivo "12ActaSentenciaCondena20230222"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

OSCAR LEONARDO JIMENEZ GRANADOS llamó a juicio a la sociedad **IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S** con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, que éste finalizó sin justa causa y, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de prestaciones sociales, primas extralegales, subsidio de transporte, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido, horas extras, feriados y festivos, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que fue contratado por la demandada desde el 15 de agosto de 2014 como laboratorista de suelos hasta el 31 de mayo de 2019, devengando la suma de \$1.600.000; que cumplía con un horario de lunes a viernes de 7:00 am a 5:00 pm y los sábados 8:00 am a 11:00; que a la fecha de presentación de la demanda la empresa no le había pagados los salarios de enero a mayo de 2019, tampoco las acreencias laborales generadas durante la relación laboral; finalmente, que en comunicación del 28 de mayo de 2019 el empleador le terminó el contrato de trabajo sin justa causa (*pág. 2 a 8, archivo "01DemandaOrdinaria"*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante providencia del 26 de septiembre de 2022, se tuvo por no contestada la demanda en virtud de que **IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S.** no presentó escrito de contestación, estando debidamente notificada conforme al artículo 8 del Decreto 806 de 2020 (*archivo "09AutoFijaAudiencia20220926"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 58:42, enlace Archivo "12ActaSentenciaCondena20230222"*)

El 22 de febrero de 2023, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(...) PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante OSCAR LEONARDO JIMÉNEZ GRANADOS en condición de trabajador y la sociedad IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S en condición de empleadora existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente en el lapso contenido entre el 15 de agosto del año 2014 y el 31 de mayo del año 2019 en el marco del cual devengó como última asignación salarial la suma de \$1.600.000 ejerciendo como último cargo el de laboratorista. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. a pagarle a demandante OSCAR LEONARDO JIMÉNEZ GRANADOS las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos: a- \$8.000.000 por conceptos de salarios insolutos. b- \$3.627.240 por auxilio de transporte. c- \$5.541.937 por auxilio de cesantías. d- \$615.536 por intereses de cesantías. e- \$5.541.937 por prima de servicios. f- \$3'833.333 por concepto de compensación de vacaciones en dinero. g- \$5'642.667 por concepto indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa y h- \$38'400.000 por indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. Los valores reseñados por concepto

*de auxilio de transporte, intereses de cesantías, compensación en dinero de vacaciones e indemnización por terminación del contrato sin justa causa deberán ser indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la formula índice final/índice inicial x valor histórico que corresponde al valor de cada una de estas condenas igual a valor indexado, así como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes de mayo de 2019 y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la accionada. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. de las demás pretensiones formuladas en la demanda por el accionante, esto por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **CUARTO: EXCEPCIONES.** dadas las resultas del juicio, considera el Despacho que no hay lugar a declarar probado algún medio exceptivo. **QUINTO: COSTAS.** Lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$3'000.000 en favor del demandante (...)"*

Como sustento de la decisión, el Juez indicó que en el proceso estaba plenamente demostrada la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, también el no pago de salarios y prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte al trabajador, por lo que dedujo que era procedente impartir condena por estos conceptos. Respecto del trabajo suplementario precisó que la parte actora tenía la carga de la prueba de demostrar esas horas adicionales laboradas, sin embargo, que en el expediente no encontró prueba idónea con base en la cual pueda corroborar que al demandante se le adeudaran horas extras en algún número específico y menos en el número reseñado en el líbello introductorio o recargos por trabajo nocturno o en días de descanso obligatorio. Sobre primas extralegales señaló que no quedó demostrado en el juicio los términos de causación de esta acreencia.

Frente al despido concluyó que la restructuración de una empresa no se erige como una justa causa para terminar el contrato de trabajo, motivo por el cual encontró procedente la aplicación de la indemnización. Y dado que la accionada no acreditó una justa causa para que al accionante no se le hubieran cancelado los salarios y prestaciones sociales, concedió la indemnización moratoria, advirtiendo que las dificultades económicas de la demandada no eran causal de exoneración de esta sanción.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S** interpuso recurso de apelación por la indemnización por despido y la indemnización moratoria. Adujo que en la sentencia se le dio un excesivo peso probatorio a la comunicación del 28 de mayo de 2019 mediante el cual el representante legal de **IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S.** dio por terminada la relación laboral, en la medida de que ésta debió apreciarse en el marco de lo expuesto por parte del representante legal en el interrogatorio de parte, en el sentido de que no subsistían para ese momento las causas que dieron origen y la materia del trabajo que formaban parte de la relación laboral del contrato suscrito entre las partes, lo que conllevó a la extinción de la relación laboral. Sostuvo que el examen sobre la buena fe no se ha analizado de manera suficiente dado el comportamiento que ha tenido la sociedad en el sentido de reconocer las deudas que tiene con el trabajador, así como la fuerza mayor a cuyo tenor no ha podido cancelar esas sumas de dinero (*min. 01:03:08, enlace archivo “12ActaSentenciaCondena20230222”*)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ninguna de las partes presentó escrito de alegaciones.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de condenar a la sociedad demandada al pago de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo y la indemnización moratoria, de

conformidad con lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* entre el demandante **OSCAR LEONARDO JIMENEZ GRANADOS** y la demandada **IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 15 de agosto de 2014 hasta el 31 de mayo de 2019 (*pág. 9 y 14 a 21, archivo “01DemandaOrdinaria”, aspecto fue declarado en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de recurso*); *ii)* y en comunicación del 28 de mayo de 2019 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente debido a la reestructuración de la empresa, sin reconocer indemnización (*pág. 9, archivo “01DemandaOrdinaria”*).

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 62 Código Sustantivo del Trabajo, consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 Código Sustantivo del Trabajo.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como reafirmó la H. CSJ en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia declaró la existencia del contrato de trabajo y condenó a la demandada **IC**

INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S. al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte, aspectos sobre los cuales el apoderado de la demandada en la alzada no presentó inconformidad alguna, lo que releva a la Sala de su estudio. La controversia planteada radica en las condenas por indemnización por terminación del contrato y la indemnización moratoria.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, iniciando por el conflicto respecto a la procedencia o no de condenar al pago de la indemnización por despido.

Debe recordarse que el empleador tiene la carga de acreditar en el juicio las justas causas invocadas a su contraparte o las razones que adujo al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, no pudiendo alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En la carta de terminación del contrato (pág. 9, archivo “01DemandaOrdinaria”) el empleador notificó que daba por terminado el contrato de trabajo alegando que *“esta decisión ha sido tomada en base a la restructuración que en este momento está desarrollando IC Ingeniería y Consultoría SAS, de cara a las dificultades que se han presentado a los proyectos y que de manera directa afecta la estabilidad de la empresa y sus trabajadores”*.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la exigencia del parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo se satisface o con la invocación de la causal legal, convencional o reglamentaria, o con la indicación de los motivos o hechos que inspiran la terminación unilateral del contrato, o con ambos.

Por lo tanto, al identificarse los motivos concretos que originaron la finalización del vínculo contractual, le corresponde al Juez del trabajo verificar su ocurrencia y si esta constituye o no justa causa, conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El representante legal de la sociedad **IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S.**, Oscar Manuel Daza Monsalve, en el interrogatorio afirmó que para ese momento ya no subsistían las causas que dieron origen al contrato y la materia del trabajo que formaban parte de la relación laboral del contrato suscrito entre las partes, razón por la cual no podían dar continuidad a la labor del demandante (*min. 06:18, enlace archivo “12ActaSentenciaCondena20230222”*). Al respecto, debe precisarse que, en virtud del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, le correspondía a la parte actora demostrar las causas imputables al empleador como justificativas del rompimiento del vínculo contractual pero únicamente aquellas manifestadas para el momento de la extinción del vínculo, pues en virtud del parágrafo de la citada norma, no puede alegarse válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

Por eso, resulta paradójico que en el juicio la parte demandada alegue causas distintas que conllevaron a la terminación del vínculo contractual, pues recuérdese que el origen de la extinción, de acuerdo con la carta del 28 de mayo de 2019, fue la reestructuración de la compañía con ocasión de la disminución de los proyectos. Pese a ello, en este caso ni la reestructuración ni la inexistencia de las presuntas causas que dieron origen al contrato de trabajo constituyen elementos suficientes para que la demandada se exonere de esta condena.

En efecto, nótese que la reestructuración empresarial no hace parte de las justas causas para terminar el contrato de trabajo, en los términos de los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo y no se encuadra en ninguna de las causas legales de terminación del contrato de trabajo (artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo). Y aun cuando el contrato de trabajo a término indefinido tiene vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, según la redacción del artículo 47 de la norma sustantiva, en este caso el contrato celebrado entre las partes (*pág. 14 a 21, archivo “01DemandaOrdinaria”*) no quedó condicionado a esa eventualidad y no se indicó expresamente que la vinculación fuera para una obra o proyecto específico.

Siendo ello así, al no demostrarse por parte del empleador la ocurrencia de una justa legal de terminación del contrato, se deduce que la intención de **IC INGENIERÍA Y CONSULTORÍA S.A.S.** fue la de dar por finalizado ese vínculo laboral de forma unilateral, pero sin justa causa, lo que conlleva al resarcimiento de los perjuicios en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, razón suficiente para confirmar la decisión adoptada por el *a quo*.

- **Sobre la indemnización moratoria**

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de estas disposiciones, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizados los medios persuasivos aportados al expediente, la Sala confirmará esta condena pues el empleador no adujo ni probó ninguna justa causa para exonerarse de esta pretensión, tampoco demostró que la demora en su proceder tardío estaba precedida de razones válidas que le impidieron cumplir con este propósito, es decir, no hay ningún elemento que demuestre que actuó de buena fe. Al contrario, al no acreditarse el pago de acreencias laborales, se deduce que hubo mala fe al no reconocer y pagar oportunamente los salarios y prestaciones sociales a favor del trabajador.

Ahora, respecto de la situación económica de la compañía, invocada por la parte demandada como configurativos de fuerza mayor para edificar la demora en el reconocimiento de acreencias laborales, es importante resaltar que en este caso no se trata de la suspensión del contrato de trabajo, que es la única posibilidad que otorga el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo para que el empresario se sustraiga de la obligación del pago de salarios. Con todo, se advierte que deben acreditarse las circunstancias en que se dio la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito pues la prueba no se restringe a la simple ocurrencia de un suceso con tal calificativo (CSJ SL3478-2017).

Sobre este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL11919-2017, reiteró que la jurisprudencia ha sido clara en definir el caso fortuito o la fuerza mayor como un hecho imprevisible e irresistible, el imprevisto a que no es posible resistir. Dice la Corte, además, que para poder emplear la fuerza mayor o el caso fortuito como eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, el hecho que se invoca con tal calidad no puede derivarse de modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante con el hecho.

En dicha providencia la Corte explicó que los actos del empleador y las repercusiones económicas de los mismos no pueden calificarse como configurativas de fuerza mayor o caso fortuito, para efectos de justificar la mora o sustraerse en el pago de los salarios y prestaciones sociales, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas.

Y aunque el caso estudiado en dicha sentencia refiere a la suspensión del contrato, las enseñanzas de la Corte resultan plenamente aplicables a este asunto puesto que el empleador adujo una circunstancia económica para no pagar de forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales, aspecto que en este caso no son de recibo para la Sala en virtud de las enseñanzas del artículo 28 de la norma sustantiva laboral, lo que descarta los argumentos expuestos por el apoderado de la demandada.

Como consecuencia de esta determinación, la parte actora tiene derecho al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que no se pagaron salarios y prestaciones sociales oportunamente, por lo que se confirmará la sentencia recurrida.

Al no cuestionarse los montos liquidados y reconocidos en primera instancia, la Sala se releva de su estudio en virtud del principio de consonancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

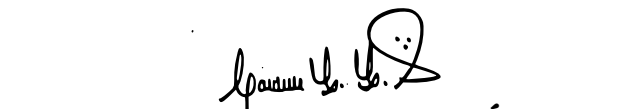
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MUXILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.38-2022-00064-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 17 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se absolvió a las demandadas de las pretensiones (*min. 01:11:20, enlace archivo “18ActaSentenciaAbsNulidad20230717”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARIA PATRICIA CUERVO CUELLAR llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación y, en consecuencia, se ordene a **COLFONDOS** a trasladar el total de los aportes a **COLPENSIONES** y a esta última a actualizar su historia laboral.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 16 de julio de 1958, inició su vida laboral a los 38 años, afiliándose a **PROTECCIÓN** a partir de junio de 1997; que los promotores del fondo privado la convencieron para que se afiliara, manifestándole que era el mismo sistema de pensión existente en el ISS hoy **COLPENSIONES**, que al ISS lo iban a liquidar y que se podía pensionar cuando quisiera; que los promotores de **PROTECCIÓN** no tuvieron en cuenta que le faltaban 17 años para cumplir con el requisito de la edad para pensión y, por ende, no acumularía un capital que le permitiera pensionarse por lo que considera debieron sugerirle afiliarse al ISS donde cumpliría con las 1.000 semanas cotizadas en 20 años, -requisito en 1997- a la edad de 58 años.

Manifestó que en marzo de 2002 fue abordada por los promotores de **COLFONDOS**, quienes ofreciéndole una mesada pensional similar e incluso más favorable, la trasladaron a dicho fondo, sin que le manifestaran que la base para establecer el valor de la mesada es el capital acumulado con las cotizaciones y no con el salario de cotización; y que realizó los trámites para desafiliarse de **COLFONDOS** y afiliarse a **COLPENSIONES**, peticiones que fueron negadas (*pág. 7 a 20, archivo “01Demanda20220215”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la presentación de la solicitud de traslado. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021*; el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; prescripción; presunción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; buena fe; inexistencia del derecho; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la

innominada o genérica (pág. 3 a 24, archivo “07ContestacionDemanda20220831”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación, pago y la innominada o genérica (pág. 3 a 17, archivo “08ContestacionDemandaColfondos20220902”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación a ese fondo de pensiones. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *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 declarara 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 y la innominada o genérica (pág. 3 a 19, archivo “09ContestacionDeDemandaProteccion20230127”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:11:20, enlace archivo “18ActaSentenciaAbsNulidad...”)

El 17 de julio de 2023, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la AFP PROTECCIÓN S.A. y la AFP COLFONDOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. **TERCERO: SIN COSTAS** en la instancia. **CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior...”.*

Como fundamento de la decisión el Juez indicó que la Corte Suprema de Justicia ha destacado la inviabilidad de declarar una ineficacia de afiliación cuando se está en presencia de una afiliación inicial al sistema pensional y no en un escenario de traslado de régimen pensional, y aunque considera que ese criterio en el fondo no es el más acertado dado que la solución se encuentra prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues permite realizar una nueva afiliación de forma libre y voluntaria.

Precisó que en el expediente no quedó demostrado el cumplimiento al deber de información y a la fecha la accionante ya cuenta con la edad y con las semanas suficientes para una eventual pensión de vejez en el RPM, por lo que una declaratoria de ineficacia no permitiría ejercer una afiliación espontánea dado que la accionante ya tiene certeza de cómo está estructurada su historia laboral, lo que implica una situación consumada, lo que sería equivalente a lo que la misma Corte ha resuelto para el caso de pensionados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia, se declare la ineficacia de afiliación y se le dé la posibilidad a **MARIA PATRICIA CUERVO CUELLAS** de afiliarse a **COLPENSIONES**. Adujo que en el presente caso no se le dio la información a la demandante al momento de la afiliación al sistema pensional, por lo que al tener 38 años de edad en ese entonces lo que debió hacer la AFP fue negarse a recibirla dado que le faltaban 17 años para pensionarse y no iba a reunir el capital

suficiente. Afirmó que si la asesoría hubiese sido la indicada el fondo privado no hubiese aceptado la solicitud; que en el formulario quedó consignado que la afiliada estaba en el ISS cuando nunca se vinculó a esa entidad, por lo que considera que si hay una ineficacia, pues no se puede predicar ésta solamente en los casos de traslado de fondo pensional, y de mantener la decisión sería perdonar al fondo de pensiones todos sus errores; finalmente, que al ser ineficaz esta afiliación lo que procede es su vinculación a **COLPENSIONES**, fondo pensional que le resulta más favorable (*min. 01:12:26, enlace archivo “18ActaSentenciaAbsNulidad20230717”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandante reiteró los argumentos elevados en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la vinculación que realizó la demandante al Sistema General de Pensiones, a través del RAIS, es válida o ineficaz por faltarse al deber de información, conforme lo alegado en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MARIA PATRICIA CUERVO CUELLAR** nació el 16 de julio de 1958 (*pág. 24,*

archivo “01Demanda20220215”) y se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RPM, a través de **PROTECCIÓN**, a partir del 31 de mayo de 1997 (*pág. 28 y 29, archivo “09ContestacionDeDemandaProteccion20230127”*); **ii)** y realizó traslado horizontal en el RAIS a **COLFONDOS** el 1° de mayo de 2002, (*pág. 47, archivo “01Demanda20220215”*), donde permanece actualmente.

- Sobre la afiliación al Sistema General de Pensiones.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó la afiliación al Sistema General de Pensiones, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer

la opción de escogencia del régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

CASO CONCRETO

En el presente asunto la ineficacia de la afiliación fue negada por el *a quo* bajo el argumento de que la primera y única vinculación de la demandante al Sistema General de Pensiones se hizo al RAIS en el año 1997, cuando expresó su voluntad de afiliarse a **PROTECCIÓN** y además porque a la fecha ya cuenta con la edad y con las semanas suficientes para una eventual pensión de vejez en el RPM, por lo que una declaratoria de ineficacia no permitiría ejercer una afiliación espontánea dada la situación consumada. El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación aduciendo que se faltó al deber de información por parte de la AFP y que la ineficacia de la afiliación es posible no solamente en los casos de traslado de régimen pensional.

Para poder determinar si se respetó el deber de información en el caso de la vinculación de la demandante, como se reclama en la alzada, se requiere previamente establecer si esa afiliación ocurrió con ocasión de un traslado de régimen pensional o, si como lo sostuvo el *a quo*, se trató de la vinculación inicial al sistema de seguridad social, pues de eso depende las consecuencias jurídicas que comporta un desconocimiento al derecho del afiliado de seleccionar de forma libre y voluntaria los regímenes pensionales (artículo 13 Ley 100 de 1993).

En efecto, resulta necesario aclarar que la **afiliación** al Sistema General de Pensiones, dado su carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción, tal y como señala el artículo 13 del

Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016.

Así también lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia al señalar que la afiliación al sistema de seguridad social, dado su carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo (CSJ SL rad. 39.772 de 2010).

Atendiendo los precitados antecedentes normativos y jurisprudenciales, en el caso bajo estudio **MARIA PATRICIA CUERCO CUELLAS** efectuó la primera y única afiliación al Sistema General de Pensiones el 31 de mayo de 1997, a través de su vinculación con **PROTECCIÓN S.A.**, por lo que no queda duda alguna de que se trata de una afiliada que quedó vinculada a dicho Sistema, a través del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que exista prueba sobre un vínculo precedente, y el error cometido por el citado fondo al tramitar la vinculación como un traslado de régimen pensional no puede generar una conclusión diferente, dado que fue la propia accionante quien confesó en el interrogatorio que la primera afiliación pensional fue con **PROTECCIÓN** (*min. 05:00, enlace archivo “18ActaSentenciaAbsNulidad20230717”*).

Siendo ello así, el acto jurídico realizado por la demandante el 31 de mayo de 1997, ante **PROTECCIÓN**, no comporta un traslado sino la afiliación al Sistema General de Pensiones, lo que descarta las consecuencias de la ineficacia señaladas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022.

Teniendo claro lo anterior, en el presente asunto **MARIA PATRICIA CUERVO CUELLAR** elevó la pretensión de declarar ineficaz

su afiliación al RAIS por vulneración del deber de información, aspecto reiterado en la alzada, por lo que a continuación la Sala resolverá dicho aspecto.

Conforme con la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4° del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento de la afiliación **PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de la afiliación, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó y la sola firma del formulario de afiliación no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento de la selección del régimen pensional. Y aunque el fondo de pensiones no podía rechazar de forma preliminar la afiliación de un usuario del sistema general de la seguridad social en pensiones, como lo pretende hacer ver la parte actora, si tenía la obligación de cumplir los citados presupuestos.

Y la demandante en el interrogatorio se limitó a indicar que el asesor le insinuó que en ese fondo iba tener los mismos beneficios y garantías del ISS, entidad que se iba a acabar, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que esa afiliación se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

En consecuencia, en principio le asistiría razón a la parte apelante, puesto que la falta al deber de información está plenamente demostrada. Sin embargo, se reitera que la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente y vitalicia del trabajador al Sistema General de Pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), por lo que declarar su ineficacia ocasionaría la exclusión del trabajador de dicho Sistema, en los términos señalados en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Y pese a que la referida norma prevé la realización de una nueva afiliación, de forma libre y voluntaria, los efectos de la ineficacia dejarían en el limbo no solo los aportes pensionales, pues en estricto sentido conllevaría la devolución de las sumas de dinero el trabajador y al empleador, sino la protección misma que le otorga el sistema pensional, la cual en todo caso es irrenunciable.

Además, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, en un caso similar al analizado en esta instancia, estableció que la ineficacia de la afiliación al RAIS no puede derivar como consecuencia en el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, dado que ordenar la afiliación a dicha entidad, correspondería a un traslado llano y simple, lo que desconocería las restricciones del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 (CSJ STL9388-2022).

Igualmente, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó que *“declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema”*. Igualmente, que si la persona *“nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (...), eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones*

hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema” (SL4211-2021 y SL1806-2022, reiterada en sentencias SL SL4059-2022 y SL3624-2022).

Por tal motivo, al no existir vinculación pensional anterior a la realizada por la demandante en el RAIS y pese a que **PROTECCIÓN** no cumplió con la carga de demostrar que cumplió con el deber de información, exigencia que se predica de las afiliaciones y traslados, la ineficacia de la afiliación resulta improcedente, lo que descarta los planteamientos elevados por la recurrente.

Y si lo que pretendía la accionante era trasladarse al RPM, por ser más favorable, debió ejercer dicho derecho en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del cumplimiento de los 47 años de edad.

Bajo el anterior análisis, resulta acertada la decisión adoptada por el *a quo*, motivo por el cual se dispondrá su conformación.

Sin costas en ambas instancias.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.01-2019-01280-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, ordenó a la **AFP PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora, sin descuesto alguno, debidamente indexados, autorizó a **COLPENSIONES** a obtener por las vías legales los perjuicios que pudiera sufrir y no impuso costas a ninguna de las partes (*min. 01:07:30, archivo “15GrabaciónAudienciaConcentrada”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare que siempre ha estado afiliada en **COLPENSIONES**, nunca ha

realizado traslado de régimen pensional, que el formulario de afiliación con **PORVENIR** no tiene ninguna validez dado que nunca lo firmó y, en consecuencia, que se condene a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de septiembre de 2019, intereses moratorios, retroactivo, indexación, junto con la condena por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al ISS el 05 de junio de 1978, cotizando con diferentes empleadores y acumulando un total de 1.382.57 semanas; que realizó las cotizaciones con normalidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 1° de julio de 2007; que a partir de esa fecha y de manera sorpresiva resultó vinculada a la AFP PORVENIR mediante formulario No.12106039 cuando estaba al servicio de la empresa TEMPORIZAR, situación de la cual tuvo conocimiento a comienzos de diciembre de 2007 cuando solicitó al ISS una copia de la historia laboral, advirtiendo dicha circunstancia a su empleador; que ante la falta de su consentimiento y autorización y dado que el formulario no tenía su firma, el 20 de diciembre de 2007 le solicitó la anulación de esa afiliación a PORVENIR y el traslado de aportes a COLPENSIONES.

Manifestó que el 08 de enero de 2008, **PORVENIR** le informó que dicha afiliación carecía de validez y que por lo tanto procedería a retornar al ISS los aportes realizados en ese régimen pensional; que TEMPORIZAR en escrito del 15 de enero de 2008 le solicitó a **PORVENIR** la anulación de la afiliación dado que no había autorizado dicho traslado, a su vez su empleador le informó que a partir del mes de diciembre de 2007 continuarían realizando con normalidad el pago de cotizaciones al ISS, entidad que procedió a reactivar la afiliación. Posteriormente, en diciembre de 2018, se acercó a **COLPENSIONES** a solicitar información sobre su estado de su afiliación, toda vez que se encontraba próxima a cumplir los requisitos de la pensión de vejez, entidad que le indicó que no estaba afiliada en el RPM y que por tanto debía solicitar información a **PORVENIR**.

Señaló que, ante tal circunstancia, solicitó a **COLPENSIONES** la corrección sobre la vigencia de la afiliación, quien en comunicación del 12 de diciembre de 2018 le indicó que a pesar de que **PORVENIR** hubiera realizado la anulación de traslado por motivo de ilicitud en la vinculación, requería de la declaración de falsedad emitida por la Fiscalía General de la Nación con el fin de reactivar la afiliación en sus bases de datos, requerimiento que fue reiterado en oficio del 06 de abril de 2019. Por tal razón, se dirigió a la URI de la Fiscalía General de la Nación y allí le informaron que por el transcurrir del tiempo la acción estaba prescrita por lo que sería infructuosa cualquier acción penal.

Y finalmente, precisó que, al acreditar los requisitos para acceder a la pensión de vejez, reclamó dicha prestación el 22 de agosto de 2019 ante **COLPENSIONES**, quien en la misma fecha le informó que no era procedente por inconsistencias en el estado actual de afiliación (*pág. 90 a 106, archivo “01CuadernoPrincipal”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación al ISS, la vinculación a PORVENIR, las peticiones radicadas y sus respuestas. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021*; el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; presunción de legalidad de los actos administrativos; cobro de lo no debido; buena fe y la innominada o genérica (*pág. 4 a 23, archivo “08SubsanacionContestacion”*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la anulación de la afiliación a ese fondo de pensiones, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*,

cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho sustantivo; prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación y la innominada o genérica (pág. 157 a 165, archivo “06ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:07:30, archivo “15GrabaciónAudienciaConcentrada”)

El 27 de julio de 2023, el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora MARIA EUGENIA RUBIO COLORADO, identificada con la C.C. 51.761.685, a través del fondo administrado por la sociedad demandada PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en precedencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a COLPENSIONES autorizar el traslado pensional de la demandante MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO, identificada con la C.C. 51.761.865 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales al momento de haber sido trasladada y ahora en lo que se está ordenando en esta decisión judicial, todo lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados o que tenga en su poder a favor de la señora MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO, de condiciones civiles indicadas, junto con todo también si hay lugar a ello, rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo que tiene que ver con lo indicado en esta actuación judicial ello es prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías y valores utilizados debidamente indexados, sin que también le sea dable efectuar descuento alguno de las cotizaciones que se hubieren realizado en esta actuación judicial. **CUARTO: DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **QUINTO:** Respecto a lo decidido en este caso y en lo que tiene que ver con la pretensión de pensión de vejez y las consecuenciales que de allí se derivan, deberá entonces la demandante acreditar en debida forma su desafiliación al sistema, para en este caso acudir a COLPENSIONES, a fin de que una vez tenga los requisitos de semanas de cotización y la edad requerida se proceda entonces a acreditar lo correspondiente para efectos de que se proceda al reconocimiento y pago pensional, sin que sea dable ordenar en esta actuación judicial reconocimiento alguno por concepto de retroactivo pensional, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. **SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SÉPTIMO:** Sin costas para las partes demandadas en esta actuación judicial, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.” (sic).*

Como sustento de su decisión el Juez expresó que al revisar las pruebas aportadas y recaudadas se encuentra que a pesar de que **PORVENIR** indicó que la demandante no ha estado afiliada a dicho fondo de pensiones, la referida AFP omitió el deber de obrar en consonancia con el principio de eficiencia del sistema de seguridad social y generó una situación desfavorable a la actora quien hasta el momento no se ha podido pensionar pues aparece con vinculación a ese fondo privado.

Por tal motivo, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia antes de surtir el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad el fondo privado tenía el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen en el que se encontraba vinculada, sin embargo, en el expediente no obra medio de convicción que demuestre el cumplimiento de esa obligación, ello debido a que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador, pero no que fuese informado. Además, que dicho formulario aparece sin firma y huella de la afiliada, por lo que estuvo vinculada a la AFP de forma fraudulenta, por lo que para que la demandante pueda retornar al régimen público es procedente declarar la ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS.

Además, aclaró que no se puede exigir a la demandante allegar los documentos de declaratoria de falsedad de la Fiscalía General de la Nación pues es a través de esta acción donde la accionante puede retornar válidamente al RPM. Y frente al reconocimiento pensional, precisó que le corresponde a la demandante, una vez acredite en debida forma su desafiliación del sistema, solicitar a **COLPENSIONES** la pensión de vejez.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Como sustento de la alzada

señaló que la declaratoria de ineficacia del traslado conlleva consecuencias para el patrimonio de la entidad; y aunque la demandante señaló que el formulario de afiliación no fue suscrito por ella, lo cierto es que debió acreditar la presunta falsedad ante dicho fondo de pensiones, aspecto sobre el cual **COLPENSIONES** no tiene ninguna responsabilidad; que el propio aporte de la afiliada será insuficiente para financiar su propia pensión, por lo que la decisión judicial está vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera (*min. 01:10:45, archivo “15GrabaciónAudienciaConcentrada”*).

A su vez, la apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación de manera parcial. Adujo que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la Jurisdicción, el mismo no es aplicable al presente caso pues **PORVENIR** ya realizó la anulación de la afiliación de la demandante en el RAIS y trasladó a **COLPENSIONES** la totalidad de los saldos depositados en la cuenta de la afiliada, por lo que su afiliación al RAIS es inexistente, siendo la única afiliación válida a **COLPENSIONES**, por consiguiente, considera que las pretensiones de la demanda frente a esa AFP carecen de objeto y de fundamento, pues los hechos ya fueron cumplidos; y si bien se causó un efecto negativo a la demandante, este se subsanó a tiempo, por lo que las condenas impartidas no tienen relevancia, dado que no existe ninguna suma a devolver al RPM. Además, en la historia laboral de **COLPENSIONES** se observa que la afiliada se encuentra activa, por ende, la afiliación a **PORVENIR** no tuvo ningún impacto por lo cual no se le puede atribuir ninguna responsabilidad (*min. 01:13:08, archivo “15GrabaciónAudienciaConcentrada”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES**, en su escrito de alegatos, solicitó la revocatoria de la sentencia reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es viable la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional realizado por la demandante, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO** nació el 11 de julio de 1962 y se afilió al ISS en junio de 1978 (*pág. 7 y 30, archivo “01Demanda”*); **ii)** en escrito del 20 de diciembre de 2007, la accionante le solicitó a **PORVENIR** la anulación de la afiliación a ese fondo de pensiones al señalar que *“en ningún momento se ha autorizado a dicho asesor a realizar este traslado, ni he firmado algún formulario, mi firma fue falsificada... y encuentro muchas irregularidades”* (*pág. 14, archivo “01CuadernoPrincipal”*); **iii)** en respuesta a esa solicitud, **PORVENIR** en comunicación del 08 de enero de 2008 procedió a suspender los tramites de la solicitud de vinculación a ese fondo de pensiones No.28699467 de fecha 20070528 al considerarla que es inválida y

trasladó al ISS los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual por la suma de \$295.981 (pág. 14, archivo “01CuadernoPrincipal”), actuación que fue notificada al ISS el 09 de enero de 2008, donde le solicitó la activación de la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, advirtiéndole que “*nuestro departamento de seguridad pudo comprobar que la firma estampada en el formulario no corresponde a la firma de la señora Martha*” (pág. 115, archivo “04CuadernoPrincipalFolio111”); **iv)** en comunicación del 12 de diciembre de 2018, **COLPENSIONES** le informó a la demandante que en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAFP figura con novedad de traslado efectuado a **PORVENIR** el 1° de julio de 2007 y pese a que dicha AFP realizó la anulación de traslado, para poder activar la afiliación se requiere la declaración de falsedad emitida por la Fiscalía General de la Nación y el informe grafológico (pág. 21 y 22, archivo “01CuadernoPrincipal”).

- Sobre la afiliación al Sistema General de Pensiones y el traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de

suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los*

parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

CASO CONCRETO

En el presente asunto la ineficacia del traslado de régimen pensional fue concedida por el *a quo* bajo el argumento de que la AFP demandada faltó al deber de información y porque el formulario aparece sin firma y huella de la afiliada, fue vinculada a la AFP de forma fraudulenta y la única forma de que la accionante retorne al régimen público es declarando la ineficacia de la afiliación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Para poder resolver los puntos objeto de alzada, se requiere previamente establecer si el traslado de régimen pensional se materializó, pues de eso depende las consecuencias jurídicas que comporta un desconocimiento al derecho del afiliado de seleccionar de forma libre y voluntaria los regímenes pensionales (artículo 13 Ley 100 de 1993).

Al revisar las pruebas aportadas al expediente, en principio **MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO** estando vinculada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir del 1° de julio de 2007, a través de **PORVENIR** pues así lo certificó ese fondo de pensiones y se observa en el correspondiente formulario con fecha de

diligenciamiento 28 de mayo de 2007 (pág. 9 a 13, archivo “01CuadernoPrincipal”).

Sin embargo, no se puede pasar por alto que fue la propia afiliada quien mediante escrito del 20 de diciembre de 2007 le advirtió a **PORVENIR** la irregularidad de ese traslado pensional al afirmar que no había autorizado traslado alguno y tampoco había firmado el formulario (pág. 14, archivo “01CuadernoPrincipal”). Con ocasión de esa petición, **PORVENIR** adelantó la investigación interna respectiva y logró comprobar que en efecto la firma estampada en el formulario que generó la vinculación a ese fondo de pensiones no corresponde a la firma de la demandante, motivo por el cual declaró inválida esa afiliación y devolvió los aportes recibidos por los periodos de julio a noviembre de 2007 al Instituto de Seguros Sociales (pág. 16, archivo “01CuadernoPrincipal” y pág. 115, archivo “04CuadernoPrincipalFolio111”).

Por tal motivo, y contrario a lo afirmado por el *a quo*, para la Sala es evidente que en este caso no se materializó el traslado de régimen pensional no solo porque **MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO** nunca manifestó de forma libre y voluntaria su deseo de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sino porque fue el propio fondo de pensiones del régimen privado **PORVENIR** quien reconoció que esa vinculación no tiene validez, así se lo notificó a la demandante el 08 de enero de 2008 (pág. 16, archivo “01CuadernoPrincipal”) y al Instituto de Seguros Sociales el 09 de enero siguiente (pág. 115, archivo “04CuadernoPrincipalFolio111”), entidad pública que no controvertió la decisión adoptada por el fondo administrador del RAIS y, al contrario, lo que hizo fue incorporar en la historia laboral de **MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO** los aportes pensionales devueltos y continuó recibiendo mes a mes las cotizaciones de su afiliada (pág. 179 a 188 y 190 a 201, archivo “08SubsanacionContestacion”). Y aunque en la historia laboral aparezca el estado de afiliación de la actora como trasladada y los dos últimos periodos cotizados de noviembre y

diciembre de 2018 se encuentren con la novedad “*No Vinculado Traslado RAP*”, se trata de anotaciones que desconocen la situación real de **MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO** frente al sistema pensional, más aún cuando los dineros siempre han permanecido en el fondo común.

Se advierte que la actuación adelantada por **PORVENIR** se encuentra ajustada a los presupuestos que exige los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016, puesto que una vez advertida la falencia en la afiliación de la accionante adoptó oportunamente las medidas correctivas necesarias a efectos de salvaguardar los derechos de escogencia y libre selección de régimen pensional de la usuaria del sistema pensional.

Siendo ello así, el caso objeto de estudio no comporta un traslado de régimen pensional, lo que descarta las consecuencias de la ineficacia señaladas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras.

Y aunque **COLPENSIONES** le exigió a la demandante la declaración de falsedad emitida por la Fiscalía General de la Nación y el informe grafológico para poder activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (*pág. 44, 45, 47 a 49, archivo “08SubsanacionContestacion”*) se trata de requisitos adicionales no previstos en norma alguna, desconociendo que fue **PORVENIR** quien al revisar los requisitos formales de vinculación a ese régimen pensional encontró que los mismos estaban viciados y por eso dispuso la anulación del traslado de régimen pensional. En todo caso, si el administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida no estaba de acuerdo con dicha decisión debió ejercer reclamación contra el fondo de pensiones privado, pero no limitar los derechos que como

afiliada del sistema pensional le asiste a la demandante. Además, nótese como **COLPENSIONES** en comunicaciones del 22 de agosto de 2019 y 21 de julio de 2021 le informó a **MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO** que iba realizar las validaciones necesarias para solucionar la inconsistencia en su afiliación (*pág. 50 y 54, archivo “08SubsanacionContestacion”*), cuando era un tema zanjado desde la decisión tomada por **PORVENIR** en el año 2008, lo que descarta los argumentos expuestos por **COLPENSIONES**, pues se trata de una afiliada que siempre ha permanecido en el régimen de pensiones público.

En tal sentido, le asiste razón a la apoderada de **PORVENIR** pues no hubo traslado de régimen pensional y tampoco hay sumas pendientes por devolver a cargo de esa AFP, motivo por el cual se revocarán los ordinales primero, segundo, tercero y cuarto y, en su lugar, se declarará que **MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO** siempre ha permanecido vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

La Sala no realiza pronunciamiento sobre el derecho pensional reclamado por la demandante, en aplicación del principio de consonancia.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **DECLARAR** que **MARTHA EUGENIA RUBIO COLORADO** siempre ha permanecido vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

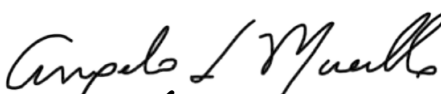
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 02-2021-00328-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 09 de agosto de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (min. 2:17:50 archivo “25GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 23 archivo “01EscritoDemanda”).**

ADRIANA MARINA ROJAS RODRÍGUEZ solicitó declarar la nulidad de su afiliación al RAIS y demás traslados horizontales, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que se afilió al ISS desde el 28 de febrero de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1994, que para el mes de noviembre de 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y

posteriormente realizó traslado a las **AFP PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** quienes la mantuvieron en el error de desinformación a la hora de realizar los traslado.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 24 archivos “06ContestaciónPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indico que no son ciertos o no le constan los hechos formulados y formulo las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua, traslado de aportes y la genérica. (Pág. 2 a 26 archivo “07ContestacionProteccion”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. se opuso a las pretensiones en su contra, indicó que no son ciertos o no le constan los hechos formulados y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de la legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago y la genérica. (Pág. 29 a 41 archivo “08ContestacionColfondos”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al tiempo de afiliación en el RPM, expresó que no eran ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de errónea o indebida aplicación del artículo 1604 Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho de regresa al RPM, prescripción,

caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica (Pág. 2 a 41 archivo “09ContestaciónColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:17:50 archivo “25GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”).

El 09 de agosto de 2023, el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora, ADRIANA MARINA ROJAS RODRÍGUEZ identificada con CC. 51.785.984, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. realizado el 08 de noviembre de 1994 y de contera las demás afiliaciones efectuadas en los diferentes fondos de pensiones demandados en este presente proceso. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y a los demás fondos, esto es, PORVENIR y COLFONDOS a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante la señora, ADRIANA MARINA ROJAS RODRÍGUEZ identificada con CC. 51.785.984, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación realizada al I.S.S. en su momento el 28 de febrero de 1985, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la señora ADRIANA MARINA ROJAS RODRÍGUEZ identificada con CC. 51.785.984, en el régimen de prima media con prestación definida, una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. SEXTO: CONDENAR en costas a la a la a la sociedad administradora de pensiones y cesantías, PROTECCIÓN S.A., dentro de lo cual deberá incluirse por

*concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, décimo **SÉPTIMO: REMITIR** por secretaría el presente proceso al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta. **OCTAVO:** Por Secretaría REMÍTASE copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021. **NOVENO:** Si no fuera apelado el presente fallo CONSÚLTESE con el SUPERIOR. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó el demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, se tiene que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, señaló que la elección de un régimen pensional debe ser libre y voluntaria por lo que el afiliado debe contar con información clara y completa. Agregó, que no se acredita que la AFP hubiera satisfecho al accionante en su deber de información y que, del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que no procede la ineficacia del traslado, puesto que no se demostró que la demandante haya sido obligada a pertenecer al fondo, razón por la que tuvo un lapso pertinente para solicitar asesoría y no fueron tachados de falsos los formularios de afiliación. Solicitó tener en cuenta la temporalidad para las personas que quisieran trasladarse de un régimen a otro fijada por la ley 797 de 2003, siendo que en el caso la demandante ya tenía más de 56 años a la fecha del auto admisorio y de retornar al RPM afectaría gravemente el equilibrio financiero del sistema general de pensiones (min. 2:21:56 archivo “25GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”).

La demandada **PORVENIR S.A.** interpone recurso parcial, respecto a la condena por indexación, argumentando que entre las obligaciones que tienen que cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada afiliado, por tanto, durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a esa AFP, su cuenta de ahorro individual no se vio afectada por la inflación. (min. 2:26:10 archivo “25GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”).

La demandada **COLFONDOS S.A.** solicitó revocar el fallo, considerando que la AFP suministró la información debida que en su momento la normatividad le exigía. Solicita no se condene al retorno al RPM de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional, por cuanto se causan y descuentan por disposición legal, más no por capricho de las AFP, además que prescribieron al no reclamarse dentro de los tres años siguientes. Agregó, que no se revisó la excepción de compensación propuesta y que la indexación no fue objeto de fijación del litigio, por lo que no procede condena por este concepto (min. 2:37:32 archivo “25GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma TEMPORAL W&WLC UT, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Brayan León Coca con CC 1.019.088.845 y TP 301.126 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia con base en los argumentos presentados en su alzada.

Por su parte, el apoderado del **DEMANDANTE** pidió confirmar el fallo y el apoderado de **PORVENIR S.A.** solicitó su revocatoria. Las demás partes guardaron silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el

grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.** y de sus traslados horizontales posteriores, así como la procedencia de la devolución de los valores descontados durante su permanencia en las AFP, debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la **DEMANDANTE** se afilió al ISS desde el 28 de febrero de 1985 al 31 de diciembre de 1994 (Pág. 64 a 67 archivo “09ContestaciónColpensiones”); *ii)* la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLMENA, hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación No. 68754 del 08 de noviembre de 1994, efectivo a partir del 01 de diciembre de 1994 (Pág. 35 archivo “07ContestaciónProteccion”), luego se trasladó a **PORVENIR S.A.** a través de formulario No. 984718 del 19 de diciembre de 1997, efectivo a partir del 01 de febrero de 1998 (Pág. 74 archivo “06ContestacionPorvenir”), posteriormente a SANTANDER, hoy **PROTECCIÓN** con formulario de afiliación No. 5157804 del 26 de septiembre de 2000, efectivo desde el 01 de noviembre de 2000 (Pág. 36 archivo “07ContestaciónProteccion”), nuevamente a **PORVENIR** a través de formulario No. 01698767 del 26 de abril del 2002, efectivo a partir del 01 de junio de 2002 (Pág. 75 archivo “06ContestacionPorvenir”), regresó a SANTANDER, hoy **PROTECCIÓN** mediante formulario No. 6320483 del

06 de junio de 2003, efectivo desde el 01 de agosto de 2003 (Pág. 37 archivo “07ContestaciónProteccion”), y por último, realizó traslado a **COLFONDOS S.A.** el 17 de septiembre de 2007, efectivo a partir del 01 de noviembre de 2007, AFP donde se encuentra actualmente y en la que acumula un total de 1.847 semanas a julio de 2022 (Pág. 126 a 127 archivo “08ContestacionColfondos”); **iii)** la **DEMANDANTE** elevó solicitudes a las demandadas, las cuales fueron negadas (Pág. 174 a 222 archivo “01EscritoDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios

la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los

suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación similar ocurrió con la AFP **PORVENIR S.A** y **COLFONDOS** que no probaron el deber de información a la demandante en sus respectivos traslados horizontales.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque siempre se le aseguró que el ISS estaba en riesgo de desaparecer y que tendría mejores condiciones en el RAIS a las que tenía en el RPM, pero que con más beneficios, manifestación que no beneficia a las **AFP DEMANDADAS**, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las **AFP DEMANDADAS** deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia y tampoco dispuso la devolución indexada de tales rubros, se modificará el alcance de la condena.

Asimismo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban

reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

De igual, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. Asimismo, **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.** y

COLFONDOS S.A. deberán devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

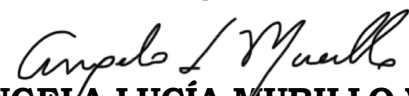
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

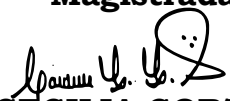
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ADRIANA MARINA ROJAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

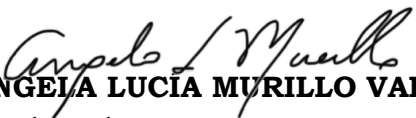
RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2021 00328 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.04-2017-00198-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 06 de marzo de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió al **DEMANDADO** de todas y cada una de las pretensiones (min. 11:04 archivo “20Grabacion20230314”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 6 a 9 archivo “01ProcesoDigitalizado”)**

LILIANA MARITZA ORTIZ DELGADO llamó a juicio al señor **JUAN GALVIS** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y, en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por mora en el no pago de salario y prestaciones sociales, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que ingresó a trabajar al servicio del señor **JUAN GALVIS** desde el 17 de febrero de 2012 hasta el 19 de octubre de 2015, inicialmente mediante contrato verbal, luego, a partir del 11 de agosto de 2015 suscribieron contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de auxiliar de cocina en el restaurante denominado Cocolibrasa, propiedad del demandado y devengando como salario la suma de \$900.000 mensuales. Aseguró, que el empleador terminó la relación

laboral de manera verbal el 19 de octubre de 2015 y, que al finalizar el contrato no le canceló las prestaciones sociales.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 54 a 60 archivo "01ExpedienteDigitalizado")**

El Curador *Ad Litem* del señor **JUAN GALVIS** se opuso a las pretensiones. Expresó no constarle los hechos y formuló las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 11:04 archivo "20Grabacion20230314")

El 14 de marzo de 2023, el Juzgado (04) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(...) PRIMERO: ABSOLVER a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. SEGUNDO: El Despacho se abstiene de condenar en costas a la parte actora. TERCERO: Conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, como quiera que la misma no se hizo presente. (...)".

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si entre la señora **LILIANA MARITZA ORTIZ DELGADO** y **JUAN GALVIS** existió un contrato de trabajo vigente desde el 17 de febrero de 2012 hasta el 19 de octubre de 2015 y, en consecuencia, la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver, el Juez indicó que conforme a la normatividad aplicable al caso, para que exista un contrato de trabajo debe configurarse la actividad personal del trabajador, la continua subordinación y dependencia del mismo respecto del empleador y un salario como retribución del servicio, con estos elementos surge la relación laboral, independientemente del nombre que se le haya asignado, en virtud del principio de la primacía de la realidad. Señaló, que la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que basta con solo probar la prestación personal para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo con los medios probatorios a su alcance, lo que implica un traslado de la carga de la prueba al empleador, para desvirtuar dicha presunción. Adujo que no se acreditó con los medios probatorios que el contrato de trabajo se ejecutara en los

extremos temporales indicados en la demanda, por lo que no es posible corroborar en qué momentos se prestaron los servicios.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, el apoderado de la parte **DEMANDADA** solicitó confirmar el fallo. La parte actora no presentó alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante demostró haber prestado servicios personales a favor del demandado; en tal caso, verificar los demás elementos de la existencia del contrato de trabajo y la procedencia de las prestaciones económicas reclamadas.

VII. CONSIDERACIONES

- Acerca de la existencia del contrato de trabajo.

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la

actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 del CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

La misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

Y finalmente, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que para configurar la existencia de un contrato de trabajo no es indispensable la demostración plena de los tres elementos denominados esenciales en el referido artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues bastaría la demostración efectiva de la prestación del servicio para que el contrato de trabajo se presuma. Situación diferente es que para impartir condena en concreto las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden, tales como los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral y el tiempo

suplementario si se alega, y demás hechos que se enarbolan como causa de las pretensiones demandadas (SL Rad.42167 y SL3126 de 2021).

Para resolver en relevante partir de los extremos temporales de la relación laboral referidos en la demanda, esto es, entre el 17 de febrero de 2012 y el 19 de octubre de 2015, terminación acaecida por decisión del demandado; en cuanto a la modalidad contractual de índole laboral, la actora agregó que se trató de un contrato verbal a término indefinido, para desempeñarse como Auxiliar de cocina y por el cual recibió como retribución mensual la suma de \$900.000; circunstancias todas estas que deben ser objeto de estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, con mayor razón teniendo en cuenta que la contestación de demanda fue presentada por defensor de oficio, quien en su momento representaba al accionado, quien manifestó que no constarle ninguno de los hechos narrados en la demanda, manifestando atenerse a lo probado en el transcurso del debate dada su calidad de Curador *Ad Litem*.

Bajo tal óptica, es menester verificar el caso concreto y así, determinar si en efecto, en el caso de marras existió una relación de índole laboral, y en ese sentido, por expresa orden del artículo 167 CGP, aplicable por analogía en materia laboral, se procede al análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos con el propósito de establecer la viabilidad de acceder a las peticiones de la demandante.

Al proceso fue aportado un documento contentivo de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes el 11 de agosto de 2015, por cuya virtud **JUAN GALVIS**, en calidad de propietario del restaurante Cocolibrasa, contrató “*de manera dependiente, con subordinación y dependencia*” los servicios de **LILIANA MARITZA ORTIZ DELGADO**, para desempeñar el oficio de Auxiliar de cocina a partir del 15 de abril de 2015 en la Calle 49 a No. 68 B – 85 Barrio Luz María Fernández de Bogotá, pactándose una remuneración mensual de \$900.000 (Pág. 10 archivo “01ProcesoDigitalizado”); también militan comprobantes de pago por concepto de “*CANCELACIÓN SUELDO*” a favor del trabajador **LILIANA MARITZA ORTIZ DELGADO** correspondientes a los meses de mayo a julio de 2015 (Pág. 11 a 13 archivo “01ProcesoDigitalizado”).

La anterior documental fue desconocida por el apoderado del demandado en audiencia celebrada el 22 de octubre de 2019, razón por la

cual el juez de primera instancia le ordenó allegar 30 documentos originales que contuvieran su firma para ser remitidos al Instituto de Medicina Legal, así como documentos que contuvieran el logo del establecimiento de comercio de su propiedad (Acta pág. 102 a 103 archivo "01ProcesoDigitalizado"), remitiéndose la respectiva documental al Instituto de Medicina Legal (Pág. 106 archivo "01ProcesoDigitalizado"), entidad que solicitó enviar los originales de los documentos de duda e indubitados y recopilar muestras caligráficas y firmas extra proceso y coetáneas en original del demandado señor **LUIS GALVIS** (Pág. 108 a 114 archivo "01ProcesoDigitalizado").

La diligencia de tomas de muestras grafológicas se llevó a cabo el 06 de noviembre de 2019 (Acta pág. 115 a 165 archivo "01ProcesoDigitalizado") y, requiriéndose en múltiples ocasiones al demandado para que aportara los documentos solicitados por Medicina Legal (Pág. 166 archivo "01ProcesoDigitalizado", archivos "03Autorequiere", "05AutoRequiereParteActora" y "06AutoOrdenaRequerir"), frente a lo cual, el extremo pasivo manifestó que algunos de los documentos allegados son originales y que el cotejo y confrontación de la firma del accionado podría ser ratificada por el Despacho (archivo "08RespuestaRequerimiento"), por lo que el *a quo* mediante Auto del 16 de noviembre de 2022, declaró precluida la oportunidad para practicar dicha prueba, además considerando que la misma había sido decretada desde octubre de 2019 (Archivo "15AutoDeclaraPrecluidaPruebaFijaFecha").

Así las cosas, pese a que el demandado indicó no haber expedido o suscrito ni el contrato de trabajo ni los comprobantes de pago de nómina que reposan en el expediente, lo cierto es que no acreditó contundentemente que lo registrado en tales documentos carece de veracidad, por lo que verificándose que los citados documentos no fueron emitidos por un sujeto extraño a la relación laboral, sino por quien tenía la calidad de empleador de la trabajadora, habría que concluirse que se trata de documentos auténticos que gozan de pleno valor probatorio; aunado al hecho que no obstante haber sido desconocidos por el demandado, no se probó su falsedad debido a su propia inactividad.

En el curso del debate probatorio, se escuchó en interrogatorio de parte al demandado, quien en lo pertinente señaló que la demandante

trabajó por turnos y de manera esporádica durante los años 2013 y 2014; que le pagaba por cada turno entre \$38.000 a \$39.000; que no canceló a la demandante ni cesantías, ni intereses dada su modalidad de trabajo; señaló, que nunca suscribió contrato de trabajo a término indefinido, que la demandante laboraba en el restaurante realizando funciones de oficios varios y remplazos del personal de aseo o auxiliar de cocina y que desconoce la razón por la cual la demandante no regresó al restaurante.

A su turno, la demandante en su declaración de parte manifestó que le pidió al demandado que le firmara el contrato de trabajo para adquirir una vivienda, situación que hacía mucho tiempo le había solicitado al demandado, pero éste se había negado; que el documento se firmó en febrero de 2012; que solo en los últimos meses el demandado le entregó comprobantes de nómina; afirmó, que prestó sus servicios como auxiliar de cocina en el restaurante *Asaderos Cocoribrasas* entre el 17 de febrero de 2012 al 17 de octubre de 2015, ubicado en la dirección Calle 49 A 68-85 esquina, que el señor **JUAN GALVIS** era quien le asignaba sus funciones, que trabajaba de domingo a domingo en una jornada diaria de 8 am a 9 pm, por lo cual le pagaban \$900.000 mensuales y que fue despedida por el demandado.

Así las cosas, una vez estudiado el acervo probatorio vertido en autos, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte de la actora en favor del demandado **JUAN GALVIS**, pues es claro que la señora **LILIANA MARITZA ORTIZ DELGADO** prestó servicios personales como Auxiliar de cocina en el establecimiento de comercio de propiedad del accionado, denominado *Restaurante Cocolibrasa*, quedando entonces probada la presunción de que trata el artículo 24 CST, por virtud del cual toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que se reitera, le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral, reubicándose la carga de la prueba en cabeza del extremo pasivo en los términos ya referidos.

En orden al estudio de la acreditación probatoria pertinente a cargo de la parte demandada, y como ya se ha venido exponiendo, al existir prestación personal del servicio por parte de la señora **LILIANA MARITZA ORTIZ DELGADO** en favor del señor **JUAN GALVIS**, a juicio de la Sala, el

demandado no desvirtuó la presunción del art. 24 CST, pues en verdad no de su parte la más mínima actividad probatoria tendiente a demostrar que dicha prestación no se había dado en un ámbito de subordinación, que la accionante fuera autónoma al realizar sus labores y que no debía recibir órdenes para el desempeño de sus actividades.

Por el contrario, con las declaraciones rendidas por el accionado en su interrogatorio, se logra colegir que entre las partes siempre existió una relación laboral mediante la cual la demandante prestaba sus servicios como auxiliar de cocina y/o servicios generales de aseo; asimismo, que la prestación del servicio fue de forma personal y dependiente. Nótese, la única prueba tendiente a demostrar los supuestos de hecho sobre los cuales cimentó la pasiva su defensa lo constituyó el interrogatorio de parte solicitado a la actora, sin que en ningún momento hubiere logrado el extremo demandado la confesión de la señora **ORTÍZ DELGADO** acerca de la prestación autónoma e insubordinada, mucho menos ocasional, siendo que el demandado no aportó ningún otro medio probatorio a su favor; reiterándose, inverso a ello, fue el mismo demandado quien expuso que por lo menos durante los años 2013 y 2014 contrató a la demandante de manera informal para que le apoyara por turnos en el establecimiento de comercio de su propiedad, resaltándose que el señor **LUIS GALVIS** al referirse a las circunstancias que envolvieron el vínculo con la demandante hizo uso de expresiones como: *“ella trabajó turnos”*, *“trabajó en épocas”*, *“ella se aparecía de pronto y pedía trabajo”*; manifestaciones que confirman que efectivamente entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo.

En conclusión, un análisis en conjunto de todos los medios de prueba permite inferir, de forma razonable, que el demandado no logró desvirtuar de forma decisiva la presunción de existencia de contrato de trabajo, motivo por el cual se revocará la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas.

Ahora, en relación con los extremos temporales del vínculo laboral, ciertamente no se tiene certeza de los mismos; sin embargo, debe recordarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los jueces del trabajo deben procurar desentrañar de los medios probatorios los extremos temporales de la relación laboral, que se

podrían dar por establecidos en forma aproximada cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular o conceder los derechos laborales o sociales que legalmente le correspondan al trabajador (CSJ SL rad. 25580 de 2006, SL42167 de 2012, SL905 de 2013 y SL14032 de 2016, entre otras).

Por ello, y pese a que en el caso bajo estudio la parte actora no logró demostrar los extremos de la relación laboral reclamados en la demanda (17 de febrero de 2012 – 19 de octubre de 2015), conforme a la declaración del accionado, es dable concluir que la prestación del servicio empezó en el año 2013, por lo que es claro que la misma se dio por lo menos a partir del último día del mes de diciembre de 2013, esto es desde el día 31.

Y, en cuanto al día en que finiquitó el vínculo laboral, se tendrá como tal la fecha en que las partes suscribieron el contrato de trabajo, que lo fue el 11 de agosto de 2015, pues se entiende que por lo menos para esa calenda la actora aun prestaba sus servicios.

En lo que respecta a la remuneración devengada, señaló la demandante que su salario básico mensual correspondía a la suma de \$900.000; sin embargo, del material probatorio recaudado no es posible establecer con seguridad que tal monto fuese el percibido por la demandante como salario durante toda la vigencia de la relación laboral, pues solo militan documentales que sustentan tal concepto para el año 2015. En consecuencia, para todos los efectos a que haya lugar, será el SMLMV el que se tendrá en cuenta como salario para los años 2013 y 2014, esto es, \$589.500 y \$616.000, respectivamente, mientras que para el año 2015 lo será de \$900.000.

Hechas las anteriores precisiones, se procede a resolver sobre las pretensiones condenatorias de la demanda.

- Prestaciones sociales y vacaciones.

Conforme la existencia del contrato de trabajo entre las partes y en la medida que la parte demandada no demostró como era su obligación procesal, pago alguno a la demandante por estos conceptos, se condenará al accionado al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero:

SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES									
DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO	AUX. TRANSPORTE	SALARIO + AUX. TRANSPORTE	CESANTÍA	INT. CESANTÍA	PRIMA SERVICIOS	VACACIONES
31/12/2013	31/12/2013	1	\$589.500	\$70.500	\$660.000	\$1.833	\$220	\$1.833	\$819
1/01/2014	31/12/2014	360	\$616.000	\$72.000	\$688.000	\$688.000	\$82.560	\$688.000	\$308.000
1/01/2015	11/08/2015	222	\$900.000	\$74.000	\$974.000	\$600.633	\$72.076	\$600.633	\$277.500
TOTAL						\$1.290.467	\$154.856	\$1.290.467	\$586.319

- **Indemnización moratoria.**

El artículo 65 CST sanciona al empleador que a la terminación del trabajo no pague los salarios y prestaciones sociales, con el pago de una indemnización igual al último salario diario por cada día de retardo, que conforme el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para el caso de los trabajadores que devenguen más de un (1) SMLMV, se mantendrá el pago de dicha indemnización en la cantidad antes señalada por 24 meses contados desde la terminación del contrato y, a partir del mes 25 y hasta cuando el pago se verifique, se causaran intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, causados sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios y prestaciones.

Respecto la naturaleza de la precitada indemnización, la H. CSJ ha sido enfática en indicar que es sancionatoria, por tanto, su imposición no procede de forma automática sino previamente se debe acreditar la mala fe del empleador en el comportamiento omisivo, por tanto, si este aporta razones justificativas razonables y satisfactorias de su conducta no procede la condena, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 37.048 de 2012, SL6933-2016, SL4260-2020, SL859-2021, SL2886-2022, SL4311-2022, SL567-2023, entre otras.

En este caso específico, el demandado debió pagar las acreencias laborales de la demandante el 11 de agosto de 2015, fecha en la cual finiquitó el contrato de trabajo, sin que así lo hubiera efectuado, por lo que debe presumirse la mala fe en el impago de los salarios y prestaciones sociales, a partir del 12 de agosto del mismo año, sin acreditar medios de convicción tendientes a demostrar razones atendibles y que justificaran tal omisión; razón por la cual se considera que en el *sub lite* debe darse aplicación al artículo 65 CST, esencialmente porque existe un retraso en el pago de las acreencias laborales y porque no se encuentra justificada la mora en el pago de las mismas.

Así, y en la medida que la demandante radicó la presente acción dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes a la finalización de la relación laboral, pues demandó el 06 de abril de 2017 (Pág. 14 archivo “01ProcesoDigitalizado”), se condenará al demandado a pagar a la demandante por concepto de indemnización moratoria la suma diaria de \$30.000 a partir del día 12 de agosto de 2015 y hasta por veinticuatro (24) meses o hasta cuando se verifique el pago por parte del empleador de las condenas causadas por prestaciones sociales, lo que quiere decir que la condena por este concepto asciende a \$21.600.000, tal como se observa en la siguiente tabla:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA					
Fecha inicial	Fecha final	Días	Salario	Salario diario	Valor
12/08/2015	12/08/2017	720	\$900.000	\$30.000	\$21.600.000

Y, a partir del primer día del mes veinticinco (25), el ex empleador deberá pagar a la demandante intereses moratorios a la tasa máxima autorizada para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales objeto de condena.

- Excepción de prescripción.

Los artículos 488 y 489 CST consagraron que la prescripción de la acción para reclamar los derechos laborales se configura en un lapso de tres (3) años, contados desde el momento en que la respectiva obligación se hizo exigible, término que puede ser interrumpido por una sola vez con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, caso en el cual el término iniciará a contarse nuevamente desde la fecha del reclamo. Las anteriores disposiciones fueron reiteradas en el artículo 151 CPTSS.

En el *sub examine*, el contrato de trabajo terminó el 11 de agosto de 2015, lo que significa que la demandante tenía hasta el día 11 de agosto de 2018 para incoar la respectiva acción, lo que ciertamente ocurrió el día 06 de abril de 2017 (Pág. 14 archivo “01ProcesoDigitalizado”), por lo que no transcurrió el termino trienal legalmente establecido para la configuración del fenómeno prescriptivo, motivo por el cual no prospera este medio exceptivo.

Tampoco tienen vocación de prosperidad los demás medios de defensa invocados por el Curador *Ad Litem*, dado el resultado del estudio de la controversia.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la demandante **LILIANA MARITZA ORTIZ DELGADO** y el demandado **JUAN GALVIS** existió un contrato de trabajo, el cual tuvo como extremo inicial el 31 de diciembre de 2013 y como extremo final el 11 de agosto del año 2015, en vigencia del cual la ex trabajadora se desempeñó como Auxiliar de cocina y devengó los siguientes salarios:

Año	Salario
2013	\$589.500
2014	\$616.000
2015	\$900.000

TERCERO: CONDENAR al demandado **JUAN GALVIS** a pagar a la demandante **LILIANA MARITZA ORTIZ DELGADO** las siguientes sumas de dinero:

- a) \$1.290.467, por concepto de cesantías,
- b) \$154.856, por concepto de intereses a las cesantías,
- c) \$1.290.467, por concepto de primas de servicios,
- d) \$586.319, por concepto de vacaciones
- e) \$21.600.000, a razón de \$30.000 diarios a partir del 12 de agosto de 2015 y hasta por veinticuatro (24) meses o hasta cuando se verifique el pago por parte del empleador de las condenas causadas por prestaciones sociales y, a partir del primer día del mes veinticinco (25), el ex empleador deberá

pagar a la accionante intereses moratorios a la tasa máxima autorizada para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales objeto de condena, por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 CST.

CUARTO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.05-2020-00323-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la demandada **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** contra la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2022 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó al **OPERADOR DE SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.** y solidariamente a **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto e intereses moratorios, a **CLEAN PLACE S.A.S.** y solidariamente a **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** al pago por concepto de salarios insolutos, prestaciones sociales, vacaciones, bonificación insoluta, gastos de mudanza, indemnización por despido injusto y sanción moratoria y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (min. 1:03:24 archivo “18AudienciaArt80”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 11 archivo “02Demanda”).**

CARLOS ARTURO LEÓN VARGAS llamó a juicio a las sociedades **OPERADOR DE SERVICIOS INTEGRALES S.A.S. – SERINTEGRALES S.A.S.**, **CLEAN PLACE S.A.S.** y **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral con **SERINTEGRALES S.A.S.** entre el 01 de diciembre de 2013 al 21 de enero de 2018 y en consecuencia, se condene a esa demandada

y solidariamente a **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.**, al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria; asimismo, reclama la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo con **CLEAN PLACE S.A.S.** entre el 22 de enero de 2018 al 30 de septiembre de 2019, y en consecuencia, se emita condena contra esa demandada y solidariamente contra **SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLÍMPICA S.A.**, por el pago de salarios adeudados, bonificaciones por transporte, prestaciones sociales, gastos mudanza, sanción moratoria, despido sin justa causa, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que la sociedad **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** contrata con **CLEAN PLACE S.A.S** y **SERINTEGRALES S.A.S.**, empresas que tienen por objeto social la prestación de servicios integrales de limpieza y hacen parte del GRUPO EMPRESARIAL MAYORDOMIA S.A.S. Aseguro, que ingresó a trabajar al servicio de **SERINTEGRALES S.A.S.** desde el mes de diciembre de 2013 hasta el 21 de enero de 2018, para desempeñar el cargo de supervisor de servicios prestados en las **TIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA**, en la ciudad de Montería, posteriormente lo contrataron para el cargo de coordinador de operaciones región andina, en la ciudad de Bogotá, por lo que debía renunciar y vincularse a **CLEAN PLACE S.A.S**, renuncia que se hizo efectiva el 20 de enero de 2018, sin cancelar la liquidación correspondiente; que celebró contrato el 22 de enero de 2018 con **CLEAN PLACE S.A.S**, compañía que manifestó que iba asumir el costo total de la mudanza, el cual fue \$1.600.000, dinero que nunca fue cancelado, y para la cual laboró hasta el 30 de septiembre de 2018, en un horario comprendido entre el 8:00 am hasta las 6:00 pm de lunes a viernes, percibiendo como salario la suma de \$2.500.000, más una bonificación por concepto de transporte de \$500.000, vínculo que fue terminado el 30 de septiembre de 2018 por medio de renuncia motivada, toda vez que la empresa le adeudaba tres quincenas y dos bonificaciones de transporte, así como cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, para un total de \$24.000.000.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA**

SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó el hecho relativo a que **CLEAN PLACE S.A.S** y **SERINTEGRAL S.A.S.**, son empresas que tienen por objeto social la prestación de servicios integrales de limpieza. Expresó no ser ciertos o no constarle los demás hechos y formuló las excepciones inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 32 archivo "05Contestacion").

Por su parte, **CLEAN PLACE S.A.S** y **SERINTEGRAL S.A.S.** no contestaron la demanda (Archivo "08Auto").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:03:24 archivo "18AudienciaArt80")

El 20 de septiembre de 2022, el Juzgado (05) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"PRIMERO: CONDENAR a OPERADOR DE SERVICIOS INTEGRALES S.A.S y solidariamente a SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A. a pagar al señor CARLOS ARTURO LEÓN VARGAS las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

- a. \$1.280.266 por concepto de auxilio de cesantías.
- b. \$144.948 por concepto de intereses sobre las cesantías.
- c. \$76.623 por concepto de prima de servicios.
- d. \$596.113 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones.
- e. \$3.994.943 por concepto de indemnización por despido injusto.
- f. Intereses moratorios de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo sobre un capital de \$1.500.837, a partir del 22 de enero de 2018 y hasta cuando se satisfaga dicho capital.

SEGUNDO: CONDENAR a CLEAN PLACE S.A.S. y solidariamente a SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A. a pagar a favor del señor CARLOS ARTURO LEÓN VARGAS las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

- a. \$3.750.000 por concepto de salarios insolutos.
- b. \$1.722.222 por concepto de auxilio a las cesantías.
- c. \$142.370 por concepto de intereses sobre las cesantías.
- d. \$1.722.222 por concepto de prima de servicios.
- e. \$861.111 por concepto de compensación en dinero de las vacaciones.
- f. \$1.000.000 por concepto de bonificación insoluble.
- g. \$1.600.000 por concepto de gastos de mudanza.
- h. \$2.500.000 por concepto de indemnización por despido injusto.

i. \$60.000.000 por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, por el periodo 1 de octubre de 2018 a 1 de octubre de 2020 a partir del 2 de octubre de 2020, se deberán los intereses moratorios de que trata dicha norma y sobre un capital de \$7.336.815.

TERCERO: COSTAS a cargo de las demandadas inclúyase como agencias en derecho la suma de 5 millones de pesos a cargo de cada una de las demandadas y en favor del señor **CARLOS ARTURO LEÓN VARGAS.**”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, establecer la existencia de las relaciones laborales con **SERINTEGRAL S.A.S.** y **CLEAN PLACE S.A.** y, si con ocasión a estas relaciones laborales quedaron derechos laborales insolutos a favor del señor **CARLOS ARTURO LEÓN VARGAS.** Asimismo, establecer si **SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A.** es solidariamente responsable o no por el pago de esas acreencias insolutas solicitadas.

Para resolver, el Juez indicó que en este proceso se dio la confesión ficta por parte de **SERINTEGRAL S.A.S** y **CLEAN PLACE S.A.S.** quienes decidieron no ejercer su derecho de defensa, circunstancia que de cara a la documental aportada demuestra las condiciones laborales que mediaron entre el demandante y cada uno de aquellos empleadores, así como de los derechos laborales que le asisten al actor, indicando que resultan evidentes las condenas a su favor.

Con relación a la solidaridad de **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** frente a las acreencias insolutas, el Juez de primer grado se refirió al artículo 34 CST, concluyendo, de acuerdo al material probatorio, que **SERINTEGRAL S.A.S** brindaba además de las actividades de aseo y reciclaje, la función de locución y publicidad, logística, cargue y descargue, fuerza de venta externa, actividades conexas y propias de **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.**, caso similar que ocurre con **CLEAN PLACE S.A.S**, que además de las funciones de aseo y reciclaje, ofreció el servicio de fuerza de venta externa, por lo que hay lugar a declarar la solidaridad de **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** en el pago de las acreencias laborales adeudadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN (min. 1:06:36 archivo “18AudienciaArt80”)

El apoderado de **SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLÍMPICA S.A.** presentó recurso de apelación únicamente frente a la solidaridad que en primera instancia se encontró probada, argumentando que las actividades que se contrataron con las empresas demandadas fueron actividades de apoyo, actividades secundarias que no comparten la misma esencia del objeto social de **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.**, sociedad que se dedica a la compra venta, exportación e importación y transformación de productos, conforme al certificado de existencia y representación legal, por lo que, esa sociedad contrató con un tercero con el fin de apoyar su operación y tercerizar actividades que hacen parte de su cadena de producción. Señaló, que las actividades puntuales desarrolladas por el demandante se redujeron a actividades de aseo y limpieza, las cuales pueden ser perfectamente descentralizadas. Con respecto a la actividad de publicidad, dijo que si bien repercuten en el lucro empresarial, no es un elemento indefectible para asegurar que hace parte del objeto social o que lo complementa o que tanga una conexión con la actividad de venta, pues no comparten la misma esencia. Referente a la actividad de logística, adujo que el cargue y descargue apoya la operación global de **OLÍMPICA**, pero ello no implica una conexidad con la actividad de venta, por lo que considera que no hay lugar a declarar los presupuestos de la solidaridad del artículo 34 CST.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, el apoderado de **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** solicitó revocar el fallo de primera instancia en todo lo que resulte desfavorablemente a su representada, y en su lugar, absolver a esa demandada de toda responsabilidad y condenar en costas a la parte demandante, reiterando los argumentos de la alzada e insistiendo en la falta de configuración del supuesto de solidaridad laboral. Por su parte, el apoderado del **DEMANDANTE** pidió mantener incólume la sentencia

de primera instancia. Agotado el término, las demás demandadas no presentaron alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala si procede la declaratoria de responsabilidad solidaria de la demandada **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** respecto al pago de las acreencias laborales objeto de condena a favor del demandante, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i)** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante, **CARLOS ARTURO LEÓN VARGAS**, en condición de trabajador y la demandada **SERINTEGRAL S.A.S.**, en condición de empleador, vigente entre el 01 de diciembre de 2013 al 21 de enero de 2018, relación laboral en el cual el actor se desempeñó en el cargo de supervisor de servicios prestados en las tiendas y droguerías **OLÍMPICA** ubicadas en la ciudad de Montería y posteriormente, como Coordinador de Operaciones Región Andina en la ciudad de Bogotá; **ii)** la celebración de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la demandada **CLEAN PLACE S.A.S.** el 22 de enero de 2018, para desempeñar el cargo de Coordinador de Operaciones, con una asignación básica mensual de \$2.500.000, vínculo que fue terminado el 30 de septiembre de 2018 por medio de renuncia motivada (Pág. 18 a 21 archivo "02Demanda").

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* condenó a las demandadas al pago de las acreencias laborales rogadas en la demanda,

declarando solidariamente responsable a **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.**, quien impugnó la anterior decisión.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones.

- Sobre la responsabilidad solidaria del beneficiario del trabajo o el dueño de la obra.

El artículo 34 CST consagró la figura del contratista independiente, como aquella persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizar el servicio con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Adicionalmente, el precitado artículo señala que, si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho los trabajadores vinculados por el contratista, salvo que la labor de dichos trabajadores sea extraña a las actividades normales de la empresa o negocio del contratante.

La H. CSJ indicó en la sentencia SL Rad. 38.651 del 5 de febrero de 2014, que para el surgimiento de la precitada solidaridad no basta que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, ya que se debe demostrar que aquel servicio corresponde a una labor propia de las actividades del contratante, relacionada directamente con su objeto económico, al punto de hacer parte del giro ordinario de sus negocios. A su vez, en la sentencia SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, la H. CSJ indicó que no basta comparar los objetos sociales del contratista y el beneficiario, sino demostrar que la labor específica del trabajador sea catalogable dentro de las actividades que conforman el giro ordinario de los negocios del contratante, porque de lo contrario no se genera la responsabilidad solidaria, tal y como reitero la Corporación en sentencias SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3774-2021, entre otras.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, para iniciar se observa el contrato para la prestación de servicios de operación a nivel nacional suscrito el 01 de abril de 2017 entre **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** y **CLEAN PLACE S.A.S.** cuyo objeto consistía en prestar los siguientes servicios (Pág. 33 a 50 archivo “05Contestacion”):

- “1. Ejecutar a nivel nacional las labores de aseo, reciclaje y suministro de insumos requeridas por **EL CONTRATANTE** en sus instalaciones, así como las labores de aseo y suministro de insumos en las instalaciones de **SOCIEDAD DE INVERSIONES DE LA COSTA PACÍFICA** según lo requiera **EL CONTRATANTE**.*
- 2. Promoción y venta de productos y servicios ofrecidos por **EL CONTRATANTE** a través de fuerza de venta externa.*
- 3. Manejo de herramientas de gestión, incluso a) Administración de celulares y dispositivos móviles; b) Envío de mensajes de texto; c) entre otros.*
- 4. En el evento en que se requiera la prestación de un servicio adicional a los aquí pactados, se suscribirá otrosí al presente contrato en el que se estipule el detalle del mismo, así como su remuneración y demás efectos.”*

También milita el contrato para la prestación de servicios de operación a nivel nacional suscrito el 01 de abril de 2017 entre **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** y **OPERADOR DE SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.**, este último obligándose a prestar los siguientes servicios (Pág. 51 a 68 archivo “05Contestacion”):

- “1. Ejecutar a nivel nacional las labores de mantenimiento, logística, locución, aseo y reciclaje requeridas por **EL CONTRATANTE**.*
- 2. Promoción y venta de productos y servicios ofrecidos por **EL CONTRATANTE** a través de fuerza de venta externa.*
- 3. Manejo de herramientas de gestión, incluso a) Administración de celulares y dispositivos móviles; b) Envío de mensajes de texto; c) entre otros.*
- 4. En el evento en que se requiera la prestación de un servicio adicional a los aquí pactados, se suscribirá otrosí al presente contrato en el que se estipule el detalle del mismo, así como su remuneración y demás efectos.”*

Asimismo, se constata que **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** tiene como objeto social (Pág. 57 a 93 archivo “02Demanda”):

“la compra, venta, importación, exportación, transformación, empaque, producción y en general el comercio de alimentos y comestibles, bebidas, medicamentos, cosméticos, artículos y aparatos para el hogar, papelería y libros, prendas de vestir y otros semejantes, operaciones que podrá hacer por cuenta propia o ajena, al por mayor y al detal, de contado y a crédito, y en locales propios o ajenos. Toda clase de actividades agropecuarias que originan productos de los mencionados; la asesoría en los mismos ramos a otras personas mediante remuneración. La compra, venta, negociación y administración de acciones, bonos y valores bursátiles, en general, invertir sus propios dineros con carácter de activos inmovilizados, en toda clase de bienes raíces, en acciones o derechos de otras sociedades de cualquier tipo y cualquiera que sea su objeto y la responsabilidad que asuma su administración cuando fuere el caso...”

Por su parte, **OPERADOR DE SERVICIOS INTEGRALES S.A.S. – SERINTEGRALES S.A.S.** tiene por objeto principal (archivo “06RuesOperadorServicios”):

“la prestación, operación y administración de servicios integrales requeridos por los sectores comercial, industrial y de servicios; así como aquellos demandados por el sector público. Así mismo, podrá realizar cualquier otra actividad económica lícita tanto en Colombia como en el extranjero. La sociedad podrá llevar a cabo, en general, todas las operaciones, de cualquier naturaleza que ellas fueren, relacionadas con el objeto mencionado, así como cualesquiera actividades similares, conexas o complementarias o que permitan facilitar o desarrollar el comercio o la industria de la sociedad.”

Y por último, la sociedad **CLEAN PLACE S.A.S.**, desarrolla como actividades económicas (Pág. 69 a 71 archivo “05Contestacion”):

“8129 OTRAS ACTIVIDADES DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS E INSTALACIONES INDUSTRIALES. 8299 OTRAS ACTIVIDADES DE SERVICIO DE APOYO A LAS EMPRESAS N.C.P. 8130 ACTIVIDADES DE PAISAJISMO Y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO CONEXOS. HOMOLOGADO(S) VERSIÓN 4 AC.”

En el devenir probatorio, se recolectó el interrogatorio de parte del demandante, quien manifestó que trabajó con la empresa **SERINTEGRAL S.A.S.**, que dentro de sus funciones se encontraba la de atender la operación de aseo, atender requerimientos de gerencia, coordinar la función de los locutores y dibujantes para temas de publicidad, manejar temas de novedades de nóminas, gestionar las horas extras y dotación y realizar actas de descargo. Señaló, que tenía a

cargo varios puntos **OLÍMPICA** por lo que debía movilizarse dentro del circuito. También indicó, que **SERINTEGRAL S.A.S** y **CLEAN PLACE S.A.** le pagaban su salario y acreencias laborales, que **OLÍMPICA** nunca le adelantó un proceso disciplinario, que con **CLEAN PLACE S.A.** tenía las mismas funciones que con **SERINTEGRAL S.A.S.** y adicionalmente, tenía como función la logística de cargue y descargue de mercancía en las tiendas y que los operadores **SERINTEGRAL S.A.S** y **CLEAN PLACE S.A** tenían como objeto social el aseo, limpieza y administración de personal.

A su turno, el representante legal de **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** manifestó que se contrató con **SERINTEGRAL S.A.S** y **CLEAN PLACE S.A.**, el servicio de aseo, pero adicionalmente **CLEAN PLACE S.A** prestó el servicio de cargue y descargue de vehículos en el centro de distribución y **SERINTEGRAL S.A.S.** prestó servicios de mantenimiento, logística, locución, aseo y reciclaje. También manifestó, que dentro del organigrama estructural de **OLÍMPICA** se encuentra el mantenimiento, logística, mercadeo y publicidad, pero no la actividad de aseo.

Igualmente, se recaudó el testimonio de MARÍA CLAUDIA SÁNCHEZ LOZANO, quien funge como jefe de servicios generales del regional distrito centro Bogotá de **OLÍMPICA** y afirmó no conocer al demandante ni a la empresa **SERINTEGRAL S.A.S**, pero si la relación comercial entre **OLÍMPICA** y **CLEAN PLACE**, sociedad que solo prestaba el servicio de aseo.

Conforme a las precitadas pruebas recaudadas, se puede concluir de forma razonable que en el *sub lite* no se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos en el artículo 34 CST para que opere la figura de solidaridad aquí reclamada, habida consideración que no existe certeza acerca de que el trabajo o labor que desempeñaba el señor **CARLOS ARTURO LEÓN VARGAS** en razón a su vinculación laboral con **SERINTEGRAL S.A.S.** y posteriormente con **CLEAN PLACE S.A.S.**, fuera especialmente dirigida a cumplir el objeto misional de **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.**

Lo anterior, por cuanto no se probó tan siquiera las labores específicas que cumplía el demandante en ejercicio de sus cargos como Supervisor de Servicios y/o Coordinador de Operaciones, pues a pesar de que se aportaron al proceso constancias laborales suscritas por **CLEAN PLACE S.A.S.** (Pág. 20 a 21 archivo “02Demanda”), dichos documentos no acreditan contundentemente las funciones y labores desempeñadas por el demandante, ni su sitio de trabajo y tampoco demuestran que la labor estuviese relacionada con alguna relación contractual existente entre la sociedad empleadora y **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** u otra empresa.

De otra parte, no es posible atender los dichos del actor en su interrogatorio, quien al respecto señaló que dentro de sus funciones se encontraba la operación de aseo, atender requerimientos de gerencia, coordinar la función de los locutores y dibujantes para publicidad y manejar novedades de nóminas, horas extras, dotación y actas de descargos de los trabajadores de **SERINTEGRAL**, en primer lugar, porque a las partes no le es dable fabricar sus propias pruebas, pues la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio, y en segundo lugar, porque tales dichos resultan notoriamente contradictorios de cara a las funciones descritas por el actor en el libelo de demanda, en donde dijo que en su cargo como Coordinador de Operaciones Región Andina era el responsable de los insumos, requerimientos y servicios solicitados por **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** (hecho 20 Pág. 20 archivo “02Demanda”).

Menos aún se probó que las vinculaciones laborales del demandante se originaran en la ejecución de los contratos de prestación de servicios celebrados entre aquellas demandadas, pues basta con observar que el vínculo laboral del demandante con la empresa **SERINTEGRAL S.A.S.** nació el 01 de diciembre de 2013, mientras que las contrataciones en comento datan del 01 de abril de 2017, lo que de contera impide demostrar que la actividad del demandante intrínsecamente hacía parte del objeto del contrato de prestación de servicios de operación, que por lo menos existió entre esa demandada y **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.**

Es por lo anterior, que aun cuando se llegara a aceptar que la demandada en solidaridad si resultó beneficiaria de los servicios prestados por el demandante, el nexo causal se rompe al no haberse probado que el actor hubiese participado laboralmente en la ejecución de dichos contratos.

Y, aun si en gracia de la discusión la Sala pasara por alto tal falencia probatoria y se tuviera por cierto que la labor desempeñaba por el demandante fuese la señalada en su declaración, lo cierto es que evidentemente la misma diferiría de las actividades propias del objeto de **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.**, pues como quedó visto, esencialmente corresponde a esta las relacionadas con la compra, venta, importación, exportación, transformación, empaque, producción y comercio de alimentos y comestibles, bebidas, medicamentos, cosméticos, artículos y aparatos para el hogar, papelería y libros, prendas de vestir, entre otros, y en ese sentido, las labores desarrolladas por el demandante, tales como, la operación de aseo, atención de requerimientos de gerencia, coordinación de locutores y dibujantes para publicidad y manejo de novedades de nóminas, horas extras, dotación y actas de descargos de trabajadores, no son del giro ordinario de esa sociedad.

En consecuencia, le asiste razón al apelante, en tanto en el *sub lite* no se cumplen los requisitos para acceder a la petición de la parte actora de declarar la responsabilidad solidaria de **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** como beneficiaria del trabajo, iterándose que la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha determinado que para aplicar dicha figura consagrada en el artículo 34 CST, se debe demostrar que el servicio prestado por el trabajador del contratista corresponde a una función propia de las actividades del contratante vinculada directamente con su objeto económico y que haga parte del giro ordinario de sus negocios, presupuesto que no se cumple en el caso concreto.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por los motivos de apelación, y lo que se sigue es la modificación de la sentencia de primera instancia en los términos anteriormente expuestos.

Las costas de primera instancia a cargo de las demandadas **SERINTEGRAL S.A.S y CLEAN PLACE S.A.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

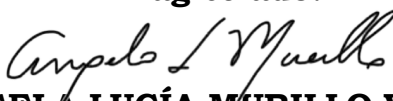
PRIMERO: MODIFICAR los numerales **PRIMERO y SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, de conformidad con lo expuesto es la parte motiva de esta sentencia.

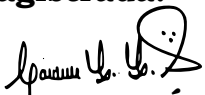
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.06-2017-00057-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante **MAVICK MARCELY JOHANNA BELTRAN MENDEZ** contra la sentencia del 28 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó al pago de indemnización por despido sin justa causa y absolvió a los demandados de las demás pretensiones (*min.10:10, archivo "016.AudienciaJuzgamientoParteUno"*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

MAVICK MARCELY JOHANNA BELTRAN MENDEZ llamó a juicio a la sociedad **EMERQUIMICA LTDA** y a las personas naturales **EDGAR JUAN EDUARDO SANCHEZ LEON** y **YENNY ROCIO PEREZ BERNATE**, en calidad de socios de la empresa, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, que las bonificaciones pactadas hacen parte del salario y, en consecuencia, que se condene el pago de bonificaciones debidas, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, indemnización por

despido sin justa causa, indemnización moratoria, reliquidación de aportes pensionales, indexación, condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con **EMERQUIMICA LTDA** el 05 de marzo de 2013, para desempeñar el cargo de ingeniera química, teniendo como salario la suma de \$1.400.000 más bonificaciones permanentes de \$600.000; que el lugar inicial de trabajo fue en las instalaciones ubicadas en el campo Pacific Rubiales (Meta), entidad a la que **EMERQUIMICA LTDA** le prestaba servicios; que durante los meses de mayo de 2013 a enero de 2014 recibió el pago de bonificaciones correspondientes al trabajo desempeñado desde marzo de 2013 a octubre de 2013, dejando de percibir el pago de las bonificaciones de los meses siguientes.

Manifestó que a partir del 28 de abril de 2014, por su condición de salud, fue reubicada en la ciudad de Bogotá al servicio de la organización Corona, donde realizó labores principalmente para la elaboración de etiquetas SGA; que el 16 de octubre de 2014, el empleador le informó la terminación sin justa causa del contrato de trabajo; que el 19 de noviembre de 2014, recibió liquidación por valor de \$2.765.355 y que el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social fueron realizados sin tener en cuenta las bonificaciones como parte del salario (*pág. 4 a 18, archivo “01. ExpedienteDigitalizado”*).

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante providencia del 23 de mayo de 2018, se ordenó el emplazamiento de **EMERQUIMICA LTDA, EDGAR JUAN EDUARDO SANCHEZ LEON** y **YENNY ROCIO PEREZ BERNATE** y el nombramiento de curador ad-litem (*pág. 66 a 68, archivo “ExpedienteDigitalizado”*). Y pese a que el respectivo auxiliar de la justicia se notificó personalmente de la actuación, no hizo

pronunciamiento alguno, motivo por el cual en decisión del 29 de septiembre de 2021 se tuvo por no contestada la demanda (*archivo "01. AutoDaNoContestadaDemanda"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (*Min. 10:20, archivo "16AudienciaJuzgamientoParteUno"*)

El 28 de marzo de 2023, el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"(...) **CONDENAR** a la sociedad EMERQUIMICA LIMITADA y de forma solidaria a los socios EDGAR EDUARDO SANCHEZ LEON y YENNI ROCIO PEREZ BERNATE hasta el límite de los aportes a reconocer y pagar a la demandante señora MAVICK MARCELA JOHANA BELTRAN MENDEZ la suma de \$2.011.852 por concepto de indemnización por despido sin justa causa y la indexación de la obligación desde la exigibilidad de la obligación en octubre 31 de 2014 hasta cuando se produzca el pago de la obligación. Se absuelve de las restante pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. **COSTAS** a cargo de la parte demandada vencida en el proceso se fija la suma de \$390.000 por concepto agencias en derecho (...)"*

Como sustento de su decisión la Juez indicó que no se probó que la demandante haya percibido la bonificación reclamada en la demanda, pues si bien con la certificación emitida por la empresa accionada el 13 de diciembre del año 2013 se informó que la demandante percibió una bonificación aproximadamente de \$600.000, y pese a lo señalado por la testigo Gina Paola Cruz, la parte actora no aportó al proceso soporte documental validado por la empresa que permitiese establecer los turnos o números de horas laborados efectivamente por la demandante para definir el cálculo de la bonificación y así establecer con exactitud el valor mensual correspondiente a la bonificación, deficiencia que no permite la reliquidación de las acreencias laborales y de seguridad social reclamadas en la demanda.

En lo atinente a la indemnización por despido sin justa causa, advirtió que los hechos mencionados en la carta de terminación del contrato de trabajo no constituyen justa causa de terminación del vínculo laboral, tampoco constituye un modo legal de terminación de

la relación laboral y las dificultades económicas de la empresa, no probadas en el proceso, no constituyen justa causa de terminación

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación con el fin de que revoque la sentencia y se accedan a todas las pretensiones. Adujo que con el testimonio quedó acreditado el acuerdo de voluntades entre el empleador y las trabajadoras para el reconocimiento de la bonificación; que la testigo fue enfática en señalar que la bonificación se pagaba independiente a la institución a la que la demandada prestara sus servicios. Sostiene que el Juzgado no reconoció esta bonificación al no aportarse la relación de horas que generaron dicho concepto, análisis que considera es un falso juicio de apreciación puesto que la testigo aclaró que dichos documentos se entregaron al empleador y la parte demandante no tenía en su poder ese medio de prueba. Además, que la parte demandada obró de mala fe al no acudir al proceso y esa conducta fue premiada por el despacho. Sostiene que esa bonificación era una contraprestación del servicio y no fue pagada, y que en virtud del artículo 50 del CPTSS, solicita se condene al pago de la indemnización moratoria (*min. 11:11, archivo "16 AudienciaJuzgamientoParteUno"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 1 y 13 de la ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandante solicitó la revocatoria parcial de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada. No hubo pronunciamiento de la parte demandada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante durante la relación laboral devengó bonificaciones, si éstas constituyen o no salario y la procedencia de la indemnización moratoria, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existió controversia en los siguientes supuestos facticos: **i)** entre la demandante **MAVICK MARCELY JOHANNA BELTRAN MENDEZ** y la demandada **EMERQUIMICA LTDA** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 05 de marzo de 2013 al 31 de octubre de 2014 (*pág. 22 a 25, archivo “ExpedienteDigitalizado”*); **ii)** y en comunicación del 16 de octubre de 2015 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente (*pág. 29, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*).

- Sobre el concepto de salario

Conforme el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el salario abarca la remuneración ordinaria del trabajador y también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. De lo anterior, es posible inferir que es salario todo pago, en dinero o especie, que retribuye el servicio personal prestado por el trabajador.

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, a fin de indicar que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco los pagos que recibe no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente o dados de forma

extralegal, si las partes disponen expresamente que no constituyen salario.

Atendiendo los anteriores presupuestos normativos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que aparezca en una cláusula del contrato o en un otrosí que suscriban las partes y con aparentes tintes de legalidad, pues tales estipulaciones simple y llanamente pierden eficacia a la luz del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo (SL403-2013, SL10995-2014, SL4866-2020, SL986-2021, entre otras).

Igualmente, la misma Corporación ha resaltado que las partes unidas mediante un contrato de trabajo sí pueden establecer que determinados pagos no constituyen salario, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo y por tanto no es para beneficio del trabajador, mucho menos para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (SL9544-2014, SL10995-2014, SL1437-2018). A su vez, que el acuerdo entre las partes debe especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial de forma expresa, clara, precisa y detallando cada rubro que cobija, so pena de que toda cláusula global o genérica que cause duda sobre si es o no salario deba ser resuelta a favor del trabajador (SL4342 de 2020, SL4866 de 2020).

De otra parte, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y, de ser así, en principio, estos se consideran retributivos del servicio, trasladándose la carga de la prueba al demandado, quien, para evitar las consecuencias prestacionales, debe demostrar que su fin era otro (CSJ SL986-2021, SL4313-2021).

En el presente asunto la Juez de primera instancia negó la bonificación como factor salario aduciendo que la parte actora no aportó al proceso el reporte de turno laborado por la demandante que permitiese establecer con exactitud el valor mensual correspondiente a la bonificación, deficiencia que no permitió la reliquidación de las acreencias laborales y de seguridad social reclamadas en la demanda, en virtud de ello, absolvió a la demandada de dicha pretensión.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la demandante, siendo relevante considerar que conforme con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y el referente jurisprudencial citado, para fijar la naturaleza salarial de un pago, le correspondía al trabajador demostrar la habitualidad y permanencia del beneficio extralegal para presumir que dicha prestación es constitutiva de salario, caso en el cual la carga de la prueba se invierte, siendo obligación del empleador justificar que dicho pago no remunera o retribuye de manera directa los servicios del trabajador.

Pues bien, en el presente asunto se evidencia que en el contrato de trabajo suscrito entre **MAVICK MARCELY JOHANNA BELTRAN MENDEZ** y la demandada **EMERQUIMICA LTDA** se estableció como salario \$1.400.000 y en la cláusula segunda, parágrafo segundo, se convino que en los casos en los cuales el trabajador devengue bonificaciones o incentivos estos no formarán parte del salario *“toda vez que cumplen con la condición de no ser periódicos, ser otorgados en forma unilateral por parte de la empresa y como mero mecanismo de reconocimiento por parte de Emerquimica ante acciones que el empleado desarrolle y vayan más allá de su deber”* (pág. 22 a 25, archivo *“01ExpedienteDigitalizado”*). A su vez, se emitió una certificación laboral el día 13 de diciembre de 2013 en la que se ve reflejada la asignación mensual y el promedio de bonificaciones que había percibido la trabajadora a la fecha de suscripción de dicho documento (pág. 27, archivo *“01ExpedienteDigitalizado”*).

En tal sentido, resultaba relevante en este juicio que la parte actora acreditara no solo el origen de esta bonificación y las condiciones de su causación, sino la habitualidad, permanencia y uniformidad de su pago, dado que por la forma en que se pactó en el contrato de trabajo cualquier suma adicional diferente a la remuneración mensual, en principio, no constituye salario puesto que se entregaron para cumplir a cabalidad sus funciones.

Al punto, nótese que la prueba testimonial, que la parte actora alega como mal valorada, no acredita los citados presupuestos, contrario a lo alegado en la alzada, toda vez que Gina Paola Cruz Bacca manifestó que “*la bonificación se pactó de forma verbal y era con las hojitas que soportábamos lo que hacíamos*” (min. 00:08, archivo “11. AudienciaConciliacionParteDos”) y que por cada hora se les reconocía la suma de \$4.000, pero esos aspectos son referidos únicamente a los servicios que se presentaron en el campo rubiales, sin que la declarante diera fe o conociera que esas mismas condiciones se cumplieron después del 28 de abril de 2014 cuando **MAVICK MARCELY JOHANNA BELTRAN MENDEZ**, por su condición de salud, fue reubicada en la ciudad de Bogotá.

En gracia de discusión, si se aceptara que la bonificación se pactó en esos términos, no existe elemento persuasivo que evidencie algún tipo de consignación o documento que certifique la habitualidad del pago de dicha bonificación a favor de la demandante, requisito sin el cual no es posible ahondar en el análisis para determinar que la bonificación constituye o no salario. Tan sólo la certificación emitida por la empresa demandada el 13 de diciembre de 2013 (pág. 27, archivo “01ExpedienteDigitalizado”) da cuenta que la demandante recibía una bonificación aproximadamente de \$600.000, sin que la misma sea suficiente para catalogar ese monto como factor salarial. Incluso, la demandante en correo electrónico sin fecha (pág. 28, archivo “01ExpedienteDigitalizado”), aceptó que las bonificaciones no eran periódicas.

Y aunque la parte actora sostuvo en la alzada que los documentos donde se consignaron las horas laboradas con derecho a bonificación se entregaron al empleador y por ello no tenían en su poder ese medio de prueba, no se puede perder de vista que fue la misma demandante quien en el hecho octavo de la demanda narró que las bonificaciones correspondientes a los meses de marzo a octubre de 2013 si se las pagaron y, pese a ello, no allegó soporte alguno para su comprobación. Además, en el hecho 27 del mismo escrito, la accionante indicó que el empleador no le pagó las bonificaciones generadas entre enero a octubre de 2014, de lo que se infiere que en noviembre y diciembre de 2013 esta acreencia no se causó, aspectos que impiden la inversión de la carga de la prueba en contra del demandado, en la forma señalada jurisprudencialmente.

Bajo ese escenario, al no existir certeza de que la actora devengó durante todos los meses de la relación laboral una suma habitual y permanente por concepto de bonificación o que causó derecho a recibirla, y no es posible suponer, por el dicho de la testigo, que dicha circunstancia haya sucedido, no le queda camino distinto a la Sala que confirmar la sentencia de primera instancia que negó esta pretensión por falta de prueba.

Respecto de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo se advierte que la misma sólo es procedente ante el no pago de salarios y prestaciones sociales, conceptos que no fueron reconocidos en este juicio, por lo que este pedimento (pretensión 10° de la demanda) no tiene vocación de prosperidad.

Y al no cuestionarse el monto reconocido en primera instancia por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la Sala se releva de su estudio en virtud del principio de consonancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 08-2021-00155-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 13 de abril de 2023 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió de la totalidad de las pretensiones a las demandadas y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido (min. 21:29 archivo “24ActaAudiencia20231304”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA.

WILMAR ORJUELA QUEVEDO llamó a juicio a las sociedades **NASES EST S.A.S.** y **QUALA S.A.**, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con ésta última desde el 27 de noviembre de 2012 al 11 de abril de 2018, en el cual la primera actuaba como un simple intermediario y, en consecuencia, obtener el reconocimiento y pago de la diferencia salarial entre el salario devengado y los salarios percibidos por el personal de **QUALA S.A.**, así como de la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, el pago de prestaciones extralegales, de la sanción establecida en el numeral 3° del

artículo 99 de la ley 50 de 1990, indemnización por despido injusto, daños y perjuicios, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico, indicó que celebró contrato de trabajo con la empresa **NASES EST S.A.S.** bajo la modalidad de obra o labor desde el 27 de noviembre de 2012 al 11 de abril de 2018, devengando Un (1) SMLMV, ocupando el cargo de Operario de planta y cumpliendo un horario de lunes a jueves de 6:00 a.m. a 4:00 p.m. y los viernes de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. con media de hora para almorzar, así como también laborando horas extras, las cuales fueron canceladas en su nómina en un promedio de \$61.059.

Señaló, que fue enviado como trabajador en misión a la empresa usuaria **QUALA S.A.**, en donde laboró de manera permanente e ininterrumpida por la totalidad de dicho periodo de tiempo, desarrollando sus funciones en las áreas de *empaques, deshidratados carnes, harinas, cuartos fríos, descargue, del Sol y Molino*; empresa que cancelaba a sus trabajadores de planta que desempeñaban sus mismas funciones un salario superior y pagaba prestaciones extralegales que a él nunca le fueron reconocidas; que las funciones inherentes al cargo de Operario de planta son consideradas una labor permanente en esa empresa.

Informó, que el 08 de octubre de 2013, sufrió un accidente de trabajo mientras realizaba el levantamiento manual de una caneca con harina, la cual pesaba 40 kilos aproximadamente, evento reportado por el empleador a solicitud suya, lo que le generó una incapacidad inicial de seis días y posteriormente de cinco meses discontinuos y terapias permanentes, siendo reubicado en el área de *prensado*, luego *desmenuzado, empaques y centro de lavado*.

Dijo que el 27 de noviembre de 2013, **NASES EST S.A.S.** le notificó la culminación de la labor para la cual fue contratado, no obstante, continuó trabajando hasta el 11 de abril de 2018, cuando esa empresa le informó la terminación de su contrato fundamentando la finalización de la obra y cancelando la suma de \$446.176, sin que se le hubiera tenido en cuenta las horas extras ni el auxilio de transporte para liquidar

vacaciones, frente a lo cual solicitó aclaración mediante derecho de petición del 17 de abril de 2018, sin recibir respuesta alguna y, que el 30 de abril de 2018 las partes acudieron al Ministerio del Trabajo a una conciliación propuesta por el trabajador, en donde la abogada de la empresa **NASES EST SAS** le propuso el pago de la suma de \$4.200.000, dinero que no quiso recibir.

Para finalizar, manifestó que siempre desarrolló sus actividades bajo la subordinación de la empresa usuaria, la que constituía una necesidad permanente en la empresa, que no fue enviado para cubrir labores ocasionales o transitorias, ni para remplazar personal en vacaciones o en uso de licencia, en incapacidad, o por incrementos en la producción. (Pág. 1 a 15 archivo “02Demanda”).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

QUALA S.A., presentó escrito de contestación dentro del término legal, manifestando su oposición frente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Aceptó el hecho contenido en el numeral 7°, negando los demás, aceptando que el actor fue enviado a esa empresa como trabajador en misión por parte de la empresa **NASES EST**. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de las obligaciones cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe y las genéricas. (Pág. 2 a 40 archivo “06ContestacionQuala”).

Por su parte, la demandada **NASES EST S.A.S.**, igualmente se opuso a todas y cada uno de los pedimentos del actor. Aceptó como ciertos los hechos numerados 1, 2, 3, 26, 35, 36, 38, 43, 48, 49, 50, 51 y 57, admitiendo la existencia del contrato de trabajo celebrado con el demandante, su modalidad, extremos y el último salario devengado, el accidente de trabajo ocurrido el 08 de octubre de 2013, la conciliación intentada por las partes ante el Ministerio del Trabajo, el auxilio de transporte devengado, el valor neto cancelado por concepto de indemnización, que el demandante no fue enviado a la empresa **QUALA** para cubrir actividades ocasionales, o para remplazar personal en vacaciones, en uso de licencia o en incapacidad y la suma ofrecida al actor por valor de \$4.200.000. Para cimentar su defensa invocó como

excepciones perentorias las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe, falta de título y causa, pago, prescripción, compensación y la genérica. (Pág. 2 a 27 archivo “07ContestacionNases”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 21:29 archivo “24ActaAudiencia20231304”)

El 13 de abril de 2023, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas QUALA S.A. y NASES EST S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el señor WILMAR ORJUELA QUEVEDO, en consideración a la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, relevándose el Despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medio exceptivos invocados dadas las results del caso. TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia ante su no causación. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se remitirán las presentes diligencias al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora. (...)”

La *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si entre el demandante y la demandada **QUALA S.A.**, en condición de beneficiaria del trabajo en misión prestado por el actor, existió o no una verdadera relación laboral. En caso afirmativo, si le asiste derecho al reconocimiento y pago de las diferencias salariales, la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones y prestaciones extralegales, conforme a la remuneración salarial percibida por los trabajadores vinculados directamente a **QUALA S.A.**, así como al pago de la sanción moratoria establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990 por la consignación inferior de cesantías. De otro lado, estudiar la procedencia del pago de la indemnización por despido sin justa causa y de daños y perjuicios por el accidente de trabajo sufrido por el actor y la indemnización moratoria.

Para resolver, la Juez se refirió a lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, concluyendo que la contratación del demandante para la prestación de servicios en la sociedad **QUALA S.A.** como trabajador en misión, se ciñe a la causal tercera de dicha norma, esto es para incrementos de producción, la cual establece un término máximo

de duración de seis meses prorrogables por seis meses más, por lo que podría concluirse que la vinculación del demandante a través de la **EST NASES S.A.S.** se tornó en irregular, en la medida que traspasó el término máximo de temporalidad indicado en el parágrafo del artículo 6° del Decreto 4369 de 2006, en razón a que el contrato de trabajo se mantuvo vigente entre el 23 de noviembre de 2012 al 11 de abril de 2018, esto es, durante más de cinco años.

Sin embargo, señaló que el demandante informó que el 27 de noviembre de 2013, la empresa **NASES EST** le notificó el vencimiento de la labor para la cual había sido contratado a partir de dicha data y, el 11 de abril de 2018 la demandada finalmente terminó el vínculo laboral con el actor una vez culminó su proceso de calificación por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, entidad que el 01 de marzo de 2018 notificó la confirmación del dictamen No. 1054551449-3652, en el cual se calificó el accidente de trabajo ocurrido con un 0% de PCL, por lo que aun cuando en el presente asunto el término legal permitido para el ex trabajador en misión fue superado, la empresa **QUALA S.A.** no se constituyó en el verdadero empleador y resulta ausente de responsabilidad en el pago de las acreencias eventualmente adeudadas al actor, en razón a que dicha responsabilidad no puede emerger de la simple prestación del servicio como trabajador en misión, ya que en este caso concreto la extensión de la vigencia del término del contrato de trabajo en misión del demandante, más allá del año, tuvo la vocación de mantener al trabajador hasta que se definiera su estado de salud por parte de la ARL con ocasión al accidente de trabajo sufrido, más no la de trasgredir la prohibición dispuesta en la normatividad.

Concluyó que el único y verdadero empleador del actor siempre lo fue **NASES EST S.A.S.** sin que se hubiese configurado algún tipo de responsabilidad solidaria a cargo de **QUALA S.A.**, absolviendo a esta última de todas las pretensiones dirigidas en su contra, así como de la nivelación salarial, la reliquidación salarial, el pago de prestaciones sociales extralegales y de la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990, pues todas ellas dependían de la declaratoria de la existencia de la relación laboral en los términos solicitados.

Por otro lado, frente a la indemnización por despido injusto, dijo que la labor temporal contratada y desempeñada por el actor culminó el día 23 de noviembre de 2013 con la notificación que diera **QUALA S.A.** sobre la terminación de la labor de más de 40 trabajadores en misión, fecha para la cual se cumplía el término máximo de un año contemplado para el trabajo misional, concluyendo que la terminación del contrato de trabajo fue legal. Y, en relación con el pago de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido por el demandante el 08 de octubre de 2013, consideró que no se demostró la culpa del empleador o su responsabilidad frente a la ocurrencia de tal evento, menos frente a la enfermedad que le aqueja al actor.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado del **DEMANDANTE** presenta recurso de apelación, señalando que el Despacho confirmó la existencia de la relación laboral y la extralimitación de las funciones desempeñadas por el actor para la empresa usuaria por casi cinco años, que el Despacho acoge la carta mediante la cual se notificó la terminación del contrato y se informó que los otros trabajadores temporales también terminarían su relación laboral para esa fecha, pero la del demandante seguiría vigente, manifestación que reposa en una mera carta y no tiene ninguna credibilidad de fondo de parte de las empresas demandadas y, si lo que las demandadas buscaban era garantizar la salud del trabajador no debieron permitirle que siguiera desarrollando sus funciones en la empresa usuaria, pero continuó laborando allí y fue reubicado, pues tal como lo señaló la ARL, el demandante llevaba más de dos años reubicado en el área de lavado de canastas. Resaltó que el anterior punto de la sentencia es el único con el que no se encuentra conforme, pues con relación a la culpa patronal, está de acuerdo con el Juzgado en razón a que el demandante no aportó las pruebas suficientes para su demostración, reiterando que en lo que si presenta reparo consiste en la extralimitación del tiempo, la que en efecto se debió dar por la condición de salud de su representado, pero no asignándosele funciones dentro de la misma empresa usuaria y/o beneficiaria (min. 53:34 archivo “24ActaAudiencia20231304”)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó la modificación de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar que se rebosó el término perentorio establecido en el artículo 77 y ss. de la ley 50 de 1990 y, por ende, se confirmar las pretensiones 1, 2, 3, 4 5 y 7, reiterando los argumentos de la alzada. De su parte, la apoderada de **QUALA S.A.** pidió que se confirme el fallo y absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones. De igual, el apoderado de **NASES EST S.A.S.** solicitó la conformación de la sentencia de primer grado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre el demandante y la empresa **QUALA S.A.** existió un verdadero contrato de trabajo, disfrazado mediante vinculación a través de la Empresa de Servicios Temporales **NASES EST S.A.S.** y definir una posible solidaridad de las obligaciones laborales por parte de las demandas en el reconocimiento y pago de las acreencias rogadas en la demanda, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES

En esta instancia no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i)** entre **WILMAR ORJUELA QUEVEDO** y **NASES EST S.A.S.** existió un contrato de trabajo por obra o labor, vigente entre el 27 de noviembre de 2012 al 11 de abril de 2018, para desempeñar el cargo de Operario y devengando como salario el smlmv más auxilio de transporte (Pág. 42 a 43 y 80 archivo “02Demanda”); **ii)** el demandante

fue enviado como trabajador en misión a la empresa **QUALA S.A.** (Pág. 44 archivo “02Demanda”); **iii)** el 08 de octubre de 2013, el demandante sufrió un accidente de trabajo (Pág. 56 a 57 archivo “02Demanda”); **iv)** el 27 de noviembre de 2013 la empresa **NASES EST S.A.S.** comunicó al ex trabajador la culminación de la obra o labor contratada y la vigencia de su contrato de trabajo hasta la finalización y autorización de la ARL (Pág. 34 archivo “08Pruebas1Nases”); **v)** el 11 de abril de 2018, **NASES EST S.A.S.** da por terminado el contrato de trabajo, cancelando un valor neto de \$446.176 por concepto de liquidación (Pág. 63 y 66 archivo “02Demanda”); **vi)** las partes acudieron al Ministerio de Trabajo el 30 de abril de 2018, sin llegar a acuerdo alguno (Pág. 77 a 80 archivo “02Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* absolvió a las demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación, de acuerdo a las siguientes consideraciones.

- **De la figura del trabajador en misión.**

El artículo 71 de la Ley 50 de 1990, define a la empresa de servicios temporales como aquella que contrata la prestación de servicios con terceros, a quienes colaboran temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor de personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, frente a quienes ostenta la calidad de empleador. Por su parte, el artículo 73 *ibídem* establece que se denomina usuario a la persona natural o jurídica que contrata los servicios de la empresa de servicios temporales.

Ahora bien, el artículo 74 de la Ley 50 de 1990, concreta a los trabajadores en misión como aquellos a los que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. A su vez, el artículo 77 *ibídem* limita la contratación de empresas de servicios temporales únicamente a tres eventos: **i)** cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o

transitorias conforme el artículo 6 CST, **ii)** cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia o en incapacidad por enfermedad o maternidad y, **iii)** para atender incrementos en la producción, transporte, ventas, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 06 meses prorrogable hasta por 06 meses más, plazo declarado exequible en sentencia C-330 de 1995.

Sobre la figura del trabajador en misión, la H. CSJ ha señalado que las empresas de servicios temporales no se pueden instrumentalizar para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, por cuanto su finalidad es atender las actividades excepcionales y temporales señaladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y la infracción de dicha norma conlleva a que el trabajador en misión se repunte como trabajador directo de la usuaria, vinculado con contrato de trabajo a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que el real empleador tiene previsto a favor de sus asalariados, fungiendo la empresa de servicios temporales como un simple intermediario, tal y como indicó en las sentencias SL3520-2018, SL467-2019, SL2710-2019 y SL4330-2020, entre otras.

- **CASO CONCRETO.**

Descendiendo al *sub examine*, y conforme al material probatorio obrante en el expediente, advierte la Sala que entre el demandante y la empresa **NASES EST S.A.S.** se acordó que la duración del contrato de trabajo por la obra o labor de la naturaleza contratada celebrado el 27 de noviembre de 2012 dependería de *“las necesidades de la empresa usuaria de manera temporal condicionado a un incremento en las necesidades requeridas para la ejecución y desarrollo de las actividades en el área de producción (planta 3) según requisición de servicio 373”*, agregando que, *“Lo anterior no significa que el contrato durará mientras esté vigente el contrato comercial con la empresa usuaria, dado que por múltiples circunstancias como disminución del personal requerido para manejar las obligaciones, cambio de perfiles, cambio de estructura en los cargos, finalización del programa, proyecto o circunstancias análogas puede definirse la terminación del vínculo contractual, evento en el cual*

se dará a conocer lo pertinente sin necesidad de preaviso y sin ninguna clase de indemnización.” (Pág. 42 a 43 archivo “02Demanda”).

Acto seguido, el demandante fue presentado ante el Departamento de Recursos Humanos de **QUALA S.A.** como trabajador en misión para desempeñar el cargo de Operario a partir del 27 de noviembre de 2012 (Pág. 44 archivo “02Demanda”).

Posteriormente, el día 08 de octubre de 2013, el señor **WILMAR ORJUELA** sufre un accidente de trabajo, reportado por la EST ante la ARL COLMENA (Pág. 56 a 57 archivo “02Demanda”), verificándose que desde allí inició tratamiento médico por parte de dicha ARL, siendo diagnosticado con *Discopatía con hernia discal L4-L5 y L5-S1* (Pág. 58 a 62 archivo “02Demanda” y Pág. 35 a 39 archivo “08Pruebas1Nases”), el que culminó con la calificación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca mediante dictamen No. 1054551449-4369 del 09 de agosto de 2017, por cuya virtud se calificó tal AT con un 0% de PCL, fecha de estructuración del 07 de febrero de 2017 (Pág. 41 a 46 archivo “08Pruebas1Nases”), decisión confirmada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen No. 1054551449-3652 del 28 de febrero de 2018 y comunicada a la empresa **NASES** a través de carta del 01 de marzo de 2018 (Pág. 47 archivo “08Pruebas1Nases”).

Ahora, en la comunicación del 27 de noviembre de 2013, la señora CLAUDIA PATRICIA MELO, Ejecutiva de Cuenta de **NASES EST S.A.S.** informó al demandante (Pág. 34 archivo “08Pruebas1Nases”):

*“Señor (a)
ORJUELA QUEVEDO WILMAR
1054551449*

Respetado señor:

Por medio de la presente me permito informarle que la labor para la cual usted fue contratado para la empresa QUALA S.A. culmina a partir del 27 de noviembre de 2013.

El fundamento de lo anterior tiene que ver con el reporte escrito de la organización cliente sobre la culminación de la labor por haber terminado la labor temporal de voceadora, para la que inicialmente usted fue

contratado. Razón por la cual se procede a terminar todos los contratos temporales de los empleados en misión vinculados para esta labor.

No obstante, teniendo en cuenta que usted se encuentra en este momento en seguimiento por nuestra ARL debido a un AT, la empresa brindará protección durante este periodo, sin que esto signifique una prórroga en su contrato. Por lo comentado su relación estará vigente exclusivamente hasta la finalización y autorización de la ARL al seguimiento médico actual. Como quiera que la obra o labor para la que usted fue inicialmente contratado ya finalizó.”

De igual, en el proceso milita el listado de los trabajadores en misión de **NASES EST S.A.S.**, quienes prestaron sus servicios de manera temporal por incremento en la productividad en las diferentes áreas de la empresa usuaria **QUALA S.A.**, retirados en el mes de noviembre de 2013 (Pág. 14 a 16 archivo “09Pruebas2Nases”).

En el curso del debate probatorio, se escuchó en interrogatorio de parte al representante legal de **QUALA S.A.**, quien en lo pertinente señaló que el cargo ejercido por el demandante no era permanente, que era trabajador en misión contratado para apoyar el área de empaque y sus funciones siempre estuvieron relacionadas a esa área; que su contrato de trabajo con la EST continuó vigente por acuerdo conjunto entre esa empresa y la EST para garantizar su servicio de salud, ya que tienen un acuerdo con **NASES** para mantener los contratos de trabajo por estabilidad laboral, pero la obra para la cual había sido contratado el demandante había terminado en noviembre de 2013; que la contratación del demandante se dio por incremento de producción que ocurre en algunos meses del año o incluso durante todo el año y que los empleados de **QUALA** se encuentran capacitados para desempeñarse en cualquier área, pero el demandante solo apoyó lo relacionado al área de empaque.

A su turno, la representante legal de **NASES EST S.A.S.**, dijo que el demandante fue contratado para una obra o labor específica la cual terminó el 26 de noviembre de 2013, de lo que se le informó, sin embargo, en el mes anterior el demandante había sufrido un accidente, por lo que teniendo en cuenta su situación de salud se amplió el vínculo laboral, que tuvo un tratamiento largo, que el demandante se contrató para la franja de producción de su cliente **QUALA** en el área de empaque, en razón a que cuando tienen picos de producción requieren personal adicional; que las funciones generales como operario en el área de

empaques eran etiquetar y volanteo; que respetaron las incapacidades del actor y su fuero de salud; que en el demandante estuvo permanentemente en la planta de producción de **QUALA**, empresa con la cual hicieron un acuerdo comercial para mantener vigente el contrato de trabajo; no solicitaron autorización del Ministerio del Trabajo para terminar el contrato ya que las calificaciones arrojaron una PCL de 0% y, una vez conocido este resultado enviaron al demandante a un examen de salud y seguridad del trabajo en donde no encontraron ninguna limitación y cerraron su caso.

De la declaración de parte del demandante se destaca que conoce que su contrato de trabajo era por obra o labor determinada, señalando que nunca le informaron cuáles eran sus funciones, que en noviembre de 2013 a algunos trabajadores se les terminó el contrato, pero otros continuaron, que en marzo o abril de 2018 obtuvo la calificación de la Junta de Calificación y que todas las reclamaciones las realizaba ante **NASES**, empresa que le suministró algunos elementos de protección.

Igualmente, se escuchó el testimonio del señor ANDRÉ LÓPEZ NARANJO, quien trabajó entre los años 2015 a 2017 en **NASES**, en donde también laboraba el demandante como Operario de producción y que éste tenía contrato directamente con la empresa **QUALA**, que el demandante tuvo un esguince en la cintura debido al trabajo que hacía, por lo que lo incapacitaban, situación que sabe porque el demandante le contaba; que cree que el contrato terminó por la enfermedad del demandante; que éste trabajó en las áreas de empaque, deshidratados harinas, mezclas, premezclas, prensado, lavado y bodega, con un horario de 8 a 10 horas, pero no tenía horario fijo de acuerdo a las incapacidades.

La testigo OLGA LUCÍA FERNANDEZ, informó que labora con para **QUALA** desde el año 1999 en el cargo de jefe de compensación, que esa empresa tiene contrato de servicios temporales con la empresa **NASES** el cual aún continúa vigente y tiene por objeto la prestación de servicio de trabajadores en misión que se utiliza cuando hay incrementos en la producción, algunos remplazos y en general para cargos muy operativos, en especial para cargos de producción en plantas o en bodegas; que el demandante era un trabajador en misión y contrato se prolongó más del

año por su condición médica; que en las plantas de producción hay cargos de operarios calificados para el manejo de máquinas o mezclas quienes tienen que estar certificados para ello, también hay operarios de aseo y empaque que no son calificados; que cuando hay un incremento en la producción que requiere una necesidad puntual de personas se contratan operarios temporales de aseo o empaque, siendo ésta última una labor manual, mientras que los operarios de **QUALA** de máquina y de mezcla requieren un conocimiento calificado específico; que el demandante siempre se desempeñó en el área de producción y que los incrementos de producción de **QUALA** no tienen una fecha exacta pues depende de las ventas.

La deponente LILIANA VEGA CORREDOR, dijo encontrarse actualmente vinculada con **NASES** como asesora externa y fungió como Gerente de talento humano durante los años 2010 a 2019, que el demandante fue contratado como trabajador en misión para **QUALA** y era operario en el área de producción; que en el 2013 se le informó de manera formal que la labor había culminado, pero el contrato de trabajo se prolongó porque cuando terminó la obra el demandante se encontraba en tratamiento médico derivado de un accidente de trabajo reportado por el trabajador; que de acuerdo a las restricciones de la ARL el demandante era reubicado en las distintas áreas de la empresa; que no pidieron autorización del Ministerio de Trabajo para terminar el contrato de trabajo porque se verificó que el tratamiento ya había finalizado, no mediaba incapacidad médica ni recomendación y su calificación se encontraba en firme con una PCL del 0% y que la empresa usuaria reportó la terminación de la obra de aproximadamente 40 trabajadores.

A su vez, los señores NIDIA MARISOL BELTRÁN y WILLIAM MOYA RODRÍGUEZ, coincidieron en manifestar que el demandante tuvo contrato de servicios temporales con **NASES**, que la finalización de la obra se comunicó mediante una carta, pero que el vínculo se extendió porque la EST no podía terminar el contrato ya que el actor tenía fuero de salud, pero una vez desapareció el fuero, culminó su contrato y que para el mes de noviembre de 2013 se retiraron muchos trabajadores en misión.

Así que, al realizar una valoración integral de todos los medios de prueba, en virtud de los principios de necesidad y comunidad de la prueba, consagrados en los artículos 164 y 176 CGP, junto con el principio de libre formación del consentimiento del Juez Laboral y análisis conjunto de las pruebas de los artículos 60 y 61 CPTSS, de entrada anuncia la Sala que se comparte el argumento de la Juez de primera instancia, por cuanto los elementos de prueba acreditan que no se violaron los requisitos establecidos en la Ley 50 de 1990 para este tipo de contratación, pues por la forma en que fue vinculado el demandante encaja en lo señalado en el numeral 3° del artículo 77 de la normatividad referida, es decir, cubrir las necesidades de incremento en la producción en la prestación del servicio, actividad que claramente puede ser de carácter temporal.

Lo dicho, por cuanto de la documental vertida en autos, de cara a las declaraciones rendidas por los testigos, se puede concluir que las funciones desarrolladas por el señor **WILMAR ORJUELA** como Operario, intrínsecamente se encontraban relacionadas al incremento en la planta de producción de la empresa usuaria **QUALA**, en específico en el área de empaque, aumento que deviene del lanzamiento de productos nuevos o de la comercialización de los mismos, quedando así demostrados los motivos que justificaban la contratación de trabajadores en misión y por ende, la intermediación laboral que aconteció en este asunto.

Ahora bien, como en específico la inconformidad del apelante recae en el presunto exceso del límite temporal permitido para los trabajadores en misión, siendo evidente que la contratación del demandante se prolongó más allá del año previsto en el numeral 3° del artículo 77 de la ley 50 de 1990, pues recordemos que la vinculación laboral que aquí nos ocupa se mantuvo vigente entre el 27 de noviembre de 2012 al 11 de abril de 2018, necesariamente debe tenerse en cuenta que el accidente de trabajo que sufrió el demandante ocurrió el día 08 de octubre de 2013, incidente laboral que condujo al ex trabajador a iniciar tratamiento médico por parte de la ARL, el cual concluyó con calificación definitiva emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el mes de marzo de 2018; de igual importancia, debe valorarse que **NASES EST SAS** comunicó al demandante que la labor para la cual había sido

contratado como trabajador en misión para la empresa **QUALA S.A.** culminaría el 27 de noviembre de 2013, acotándose además, que para dicha calenda se retiraron más de 40 trabajadores en misión de la empresa **NASES**, que al igual que el actor, también prestaban sus servicios de manera temporal por incremento en la productividad de la usuaria **QUALA**.

Circunstancias las anteriores que cobran cardinal importancia en las resultas del caso, inicialmente en razón a que el accidente de trabajo ocurrió en vigencia del término temporal máximo delimitado por el legislador para esta tipo de contratación (1 año) y, si el contrato de trabajo del señor **WILMAR ORJUELA** se prorrogó hasta el año 2018, ello devino únicamente de la protección que otorgó su empleador para garantizar la continuidad del tratamiento médico y/o seguimiento que recibía de parte de la ARL derivado del accidente de trabajo, decisión que adoptó la empresa por acuerdo con **QUALA** y la cual fue comunicada al demandante a través de la misiva en comento.

En consecuencia, y reiterándose que en este asunto se demostró que el demandante fue vinculado por **NASES EST S.A.S.** para atender un incremento en la planta de producción de la empresa **QUALA**, es posible inferir que dicha contratación inicialmente se sujetó al artículo 77 de la ley 50 de 1990, existiendo en este caso en específico una ampliación extraordinaria en atención a su condición de salud, por lo que de manera alguna puede entenderse que las demandadas tuvieran la intención de ocultar un verdadero contrato de trabajo mediante la vinculación del actor a través de la EST.

Cabe agregar que la anterior postura adoptada por esta Sala se encuentra hilada con el criterio acogido por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3252-2020, en el que resolviendo un caso de similares connotaciones consideró que *“el término máximo de temporalidad fijado por la Ley 50 de 1990 para los trabajadores misionales no resulta inexorable cuando está en el medio una situación de estabilidad laboral reforzada en favor del trabajador... desencadenada por una situación concreta de salud.”*

De esta manera, se agota la competencia de la Sala por el estudio de los motivos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la *a quo*, por lo que prohiará la sentencia de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.08-2019-00287-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante **JAIME ENRIQUE GARZON PACHON** contra la sentencia del 20 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 00:42:03, archivo “15GrabacionAudiencia20221020”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JAIME ENRIQUE GARZON PACHON llamó a juicio a la **FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A. GRASCO S.A.** hoy **GRASCO LTDA** con el fin de que se declare que la terminación de su contrato fue sin justa causa y, en consecuencia, se ordene el pago de la indemnización por despido, indemnización moratoria, prima extralegal y de antigüedad convencional e indexación.

Como fundamento fáctico indicó que laboró mediante contrato de trabajo a término fijo con la demandada desde el 17 de junio de 1992 hasta el 28 de noviembre de 2017, desempeñando el cargo de analista de laboratorio; que durante 27 años no tuvo ningún problema ni falta de ninguna naturaleza con la empresa; que en el 2011 ingresó a laborar Carolina Moreno como jefe de laboratorio, quien empezó a hacerle la vida imposible a los trabajadores, lo cual generó la presentación de diferentes cartas, entre ellas la radicada el 03 de febrero de 2017, donde se puso en conocimiento de la empresa la persecución a la que estaban siendo sometidos, por lo que considera que a partir de esa comunicación se generó persecución laboral que terminó con su despido.

Manifestó que 15 de agosto de 2017, se presentó una ruptura de una celda de vidrio por una manipulación involuntaria de los trabajadores, elemento que se utiliza para tomar los colores de los aceites, pero que no se supo quien o quienes habían quebrado esa celda; sin embargo, menciona que le hicieron un memorando por manipulación inadecuada y lo llamaron a descargos; que el 21 de octubre de 2017, le enviaron una nota en la cual le llamaron la atención por no utilizar monogafas de seguridad en el área de análisis de control y previa diligencia de descargos fue sancionado por un día; que el 27 de octubre de 2017 le dijeron que no acataba de manera respetuosa las indicaciones por parte de sus superiores, por supuestamente utilizar lenguaje grosero y ofensivo con ocasión de una orden dada por Carolina Moreno y que el 28 de noviembre de 2017 le notificaron carta de despido debido a los descargos que rindió.

Y finalmente, que en la convención colectiva de trabajo celebrada el 22 de julio de 2016 entre la empresa y su sindicato de trabajadores, se pactó el pago de una prima extralegal y una prima de antigüedad (*pág. 4 a 18 y 73 a 81, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*).

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A. GRASCO S.A. hoy **GRASCO LTDA** se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, el cargo desempeñado por el demandante, la terminación unilateral del contrato, pero con justa causa, y el salario devengado. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones demandadas*, buena fe de la demandada, prescripción y la innominada o genérica (pág. 123 a 130, archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 00:42:03, archivo “15GrabacionAudiencia20221020”)

El 20 de octubre de 2022, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada GRASCO LTDA, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el señor JAIME ENRIQUE GARZÓN PACHÓN, en consideración a la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones reclamadas, relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados dadas las resultas del caso. **TERCERO:** Costas de esta instancia a cargo del demandante, líquidense por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$500.000. **CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, se remitirán las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante. (...)”.

Como sustento de su decisión la Juez indicó que no hubo discusión en la existencia del contrato de trabajo los extremos temporales y el cargo desempeñado por **JAIME ENRIQUE GARZON**

PACHON. Frente al hecho del despido señaló que el mismo estaba acreditado por el demandante por lo que le correspondía la carga probatoria al empleador de demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y le comunicó al trabajador para romper el contrato de trabajo. En este caso la empresa terminó el contrato de trabajo el 28 de noviembre de 2017, aduciendo justa causa por los hechos que dieron lugar a las diligencias de descargos celebradas los días 15 de agosto, 26 de octubre y 27 de noviembre de 2017.

Que en la diligencia de descargos del 15 de agosto de 2017 el actor reconoció que cuando estaba lavando una celda de laboratorio se le resbaló de las manos y con ocasión de ello recibió un llamado de atención por escrito; en la segunda diligencia celebrada el 26 de octubre de 2017, se le reportó al trabajador el incumplimiento de normas de seguridad y salud en el trabajo por no utilizar monogafas de seguridad en el área de análisis de control de procesos de producto terminado, siendo sancionado por el término de un día; y el 27 de noviembre de 2017, se llevó a cabo una tercera diligencia de descargos con ocasión de unos malos tratos dados por el actor a Carolina Moreno Castro.

Que, con la prueba documental, el interrogatorio al demandante y los testimonios recaudados quedaron suficientemente comprobadas las conductas endilgadas al extrabajador en la carta de despido, por lo menos las relacionadas con los hechos que dieron lugar a las diligencias de descargos los días 15 de agosto y 26 de octubre del 2017 esto es, la ruptura de la celda de cuarzo y la omisión en el uso de las monogafas de seguridad. No obstante, precisó que no quedó acreditado el hecho deducido en la última citación a descargos del 27 de noviembre de 2017, esto es, la falta de respeto y el uso de palabras groseras y ofensivas por parte JAIME GARZÓN a su jefe Carolina Moreno, pues ninguno de los declarantes evidenció algún acto insultante o de maltrato por parte del extrabajador a su superior.

Por tal motivo, concluyó que los dos primeros errores endosados al demandante en la carta de terminación, sí se demostraron en el curso del proceso, los cuales son constitutivos de justa causa.

Por otra parte, estableció que la convención colectiva si le era aplicable al demandante pero que al terminarse la relación laboral el 28 de noviembre de 2017 no se causó la prima extralegal y tampoco la prima de antigüedad.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación con fin de que se revoque la sentencia y se accedan a todas las pretensiones, en especial las de carácter económico. Adujo que existieron tres hechos que generaron diligencias de descargos de manera reiterativa, constancias que a la postre servirían de prueba en el proceso judicial; que la justa causa está enfocada en la gravedad de la conducta no si la misma tuvo los tramites disciplinarios al interior de la compañía; que la causa generadora de la ruptura tiene que ser determinada en su gravedad y en este caso considera que ninguno de los tres hechos tienen impacto de gravedad ni trascendencia que justifiquen la decisión del patrono de terminar el contrato, que el no uso de un visor y el rompimiento de una celda nunca pueden ser tomados como una falta grave para generar el rompimiento de un vínculo de 27 años.

Manifestó que frente al trato irrespetuoso ningún testigo señaló sobre la agresión que recibió la persona afectada y además que lo dicho por el demandante "*Doctora Carolina Moreno, yo arreglo la celda de cristal después de que atienda a unos clientes*" no tiene impacto de gravedad (*min. 00:43:50, archivo "15GrabacionAudiencia20221020"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandada solicitó la confirmación de la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la terminación del contrato de trabajo ocurrió con o sin justa causa, la procedencia de las indemnizaciones por despido y moratoria y la indexación, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** entre el demandante **JAIME ENRIQUE GARZON PACHON** y la **FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A. GRASCO S.A.** hoy **GRASCO LTDA** se celebró un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 17 de junio de 1992 al 28 de noviembre de 2017 (*pág. 20, 21 32 y 33, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*); **ii)** y en comunicación del 28 de noviembre de 2017, el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (*pág. 31, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*).

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 62 del CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 del CST.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como se reafirmó en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

De otra parte, la alta Corporación ha indicado frente a la causal del numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST, esto es, la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto, si se trata de la primera hipótesis de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso, mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al Juez solo le es dable verificar si se dio o no la conducta enrostrada (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

También la H. CSJ ha sostenido, de forma reiterada y pacífica, que la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando la ejerce el empleador, es una de sus facultades y no una sanción, motivo

por el cual no le es aplicable el artículo 115 del CST ni otro procedimiento previo, a menos que así se hubiera pactado entre las partes, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa, regla jurisprudencial ratificada en las sentencias SL15245 de 2014, SL 1981 de 2019, SL2351 de 2020, entre otras.

Sin embargo, el máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha aclarado que ello no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues la jurisprudencia ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral, a saber:

1. La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.
2. La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos.
3. Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.
4. Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
5. Y la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

Al respecto, se pueden consultar las sentencias SL15245 de 2014, SL1981 de 2019 y SL2351 de 2020, SL496 de 2021, SL679 de 2021, SL339 de 2023, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia absolvió a la demandada de todas pretensiones, al concluir que la ocurrencia de la falta grave fue acreditada por el empleador, en especial los incumplimientos alegados en las diligencias de descargos del 18 de agosto de 2017 y 26 de octubre de 2017

Por tanto, pasa la Sala a resolver la alzada, iniciando por el conflicto de si hubo o no justa causa en la terminación del contrato de trabajo y la procedencia del pago de la respectiva indemnización.

Debe recordarse que el empleador tiene la carga de acreditar en el juicio las justas causas invocadas a su contraparte o las razones que adujo al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, no pudiendo alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En la carta de terminación del contrato (*pág. 31, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*) el empleador señaló como justa causa la prevista en los numerales 2 y 6 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así como el incumplimiento a las obligaciones contractuales.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la exigencia del parágrafo del artículo 62 del CSJ se satisface o con la invocación de la causal legal, convencional o reglamentaria, o con la indicación de los motivos o hechos que inspiran la terminación unilateral del contrato, o con ambos.

En este asunto se identificaron los motivos concretos que originaron la finalización del vínculo contractual, fundamentada en dos causales de origen legal y una contractual, motivo por el cual el estudio de la presente actuación se limitará inicialmente a determinar la gravedad de la conducta del demandante como se alega en la alzada, lo que le da libertad a la Sala para valorar cada uno de los medios persuasivos allegados por las partes.

Pues bien, se acreditó en el plenario que **JAIME ENRIQUE GARZON PACHON** cumplió funciones de analista de laboratorio, cuyas labores específicas se encuentran detalladas en el manual de funciones (pág. 79 y 80, archivo “03ContestacionAnexos”), fueron mencionados por el mismo trabajador en el interrogatorio y no fue objeto de controversia en este juicio.

Reposa comunicación del 15 de agosto de 2017 que da cuenta que el trabajador fue citado a descargos por cuanto “*Según memorando con fecha 14 de Agosto de 2017 se han reportado las continuas roturas de celdas del laboratorio las cuales no han presentado una manipulación adecuada*”, actuación que se llevó a cabo en la misma fecha (pág. 51 y 52, archivo “03ContestacionAnexos”). Como consecuencia de ese trámite disciplinario la empresa calificó la falta y determinó “*hacerle un llamado de atención, con el objetivo de que tenga más cuidado con los implementos de trabajo y reporte oportunamente cualquier novedad con los mismos*”, previniéndolo para que no cometiera esta clase de conductas (pág. 51 y 52, archivo “03ContestacionAnexos”).

Posteriormente, el 26 de octubre de 2017 nuevamente **JAIME ENRIQUE GARZON PACHON** es llamado a rendir descargos en la misma fecha dado que “*Según memorando con fecha 21 de Octubre de 2017 se ha reportado que usted no utiliza las monogafas de seguridad en el área de análisis de control del proceso y producto terminado*”. Producto de este llamado, la empresa calificó la falta y consideró “*injustificadas sus razones por lo tanto hemos resuelto sancionarlo por*

el término de (1) día, sanción que debe cumplir el 27 de octubre de 2017” (pág. 41 a 43, archivo “03ContestacionAnexos”).

Estos dos eventos, pese a que **GRASCO** calificó las conductas e impuso medidas disciplinarias, fueron invocadas nuevamente pero ahora como justa causa para terminar el contrato, aspecto que no puede aprobar la Sala, en virtud de que dicho comportamiento excede la facultad de dirección y poder que tiene el empresario en el manejo de sus colaboradores y de los contratos de trabajo y, por ende, vulnera los derechos fundamentales de los cuales goza el trabajador, en especial por las siguientes dos razones:

La primera, porque la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos, pues de lo contrario se entenderá que fueron exculpadados y no los podrá alegar judicialmente (SL2351-2020). En este caso, dicho principio fue soslayado por el empleador en virtud que las faltas que se le pusieron de presente al hoy demandante en las diligencias de descargos los días 15 de agosto de 2017 y 26 de octubre de 2017, inicialmente fueron sancionadas disciplinariamente de forma oportuna, y también se tuvieron en cuenta como causas justificativas de terminación del contrato de trabajo cuando habían transcurrido más de dos meses entre el primero llamado a descargos y un mes luego de realizada la segunda diligencia. Es decir, las conductas atribuidas al trabajador, al no invocarse oportunamente como justas causas para finalizar el contrato, se infiere que fueron indultadas por el empresario.

Y, en segundo lugar, porque viola el principio del *non bis in idem* en la medida en que por un mismo hecho al trabajador le derivaron dos consecuencias jurídicas totalmente diferentes. Inicialmente se le aplicó una sanción disciplinaria y luego a la misma conducta, tiempo después, se le dieron atributos de falta grave para justificar la

terminación del contrato de trabajo, ambas objetivamente materializadas. Al efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-478 de 2007, reiteró que *“la prohibición del doble enjuiciamiento goza de una cobertura amplia y laxa, en el sentido que su garantía de aplicación no se restringe al campo del derecho penal, sino que, de manera general, se extiende a todo el universo del derecho sancionatorio, entendiendo por tal, todo régimen jurídico cuya finalidad es regular las condiciones en que un individuo puede ser sujeto de una sanción como consecuencia de una conducta personal contraria a derecho”*. Por eso, dice la Corte, dicho principio se extiende, entre otros, al campo laboral.

Bajo dicho escenario, las faltas graves edificadas en las citadas diligencias de descargos no se configuraron, por lo que el análisis realizado por el *a quo* frente a los dos primeros eventos justificativos de terminación de contrato de trabajo fue desacertado, quedando por verificar si se presentó la conducta atípica imputada al demandante en la diligencia de descargos del 27 de noviembre de 2017 y, de ser el caso, si la misma reviste la gravedad suficiente que convalide la terminación unilateral de la relación laboral realizada por el empleador.

En escrito del 27 de octubre de 2017, Carolina Moreno Castro, Jefe de Laboratorio, le expuso al Subdirector de Gestión Humana de **GRASCO** comportamientos irrespetuosos y groseros realizados en su contra por el demandante, así como el no acatamiento de indicaciones, con ocasión de la novedad presentada con una celda de cuarzo, por lo que le solicitó tomar las medidas necesarias para mejorar el clima laboral (pág. 37, archivo “03ContestacionAnexos”). Dicha comunicación se encuentra redactada en los siguientes términos:

Estimado Dr. Alirio Ayala, la presente es con el fin de informar una situación que se presentó el día 24 de octubre en las horas de la mañana con el Analista de Laboratorio Jaime Enrique Garzón, el cual se acercó a mi oficina para decirme que la celda de cuarzo en la que se determina color en el control del proceso y producto terminado se había roto. Le manifesté que solicitara al área de Cristalización y Empaque o al Almacén de Repuestos el pegante para que la arreglara, a lo cual me respondió de forma grosera y retadora que él no tenía tiempo. Yo le insistí que lo pidiera y la reparara él mismo ya que no contamos con más celdas debido a su alto costo ya que en el área han roto muchas de éstas (como es de su conocimiento). Su respuesta continuaba siendo muy negativa y le entregó en forma grosera la celda al Coordinador de Control de Calidad Sneyder Páez la celda, el cual a su vez se quejó conmigo ya que Jaime continuaba siendo muy irrespetuoso.

El Sr. Jaime Garzón en reiteradas ocasiones es irrespetuoso y grosero, genera mal ambiente en el equipo de trabajo. Como es de su conocimiento, en el área se ha venido implementado la consolidación de grupos de trabajo y sinergias entre equipos, pero Jaime con su actitud sigue saltándose los lineamientos que se tienen para poder llegar a la consolidación.

Su actitud hacia mí es retadora y de continua falta de respeto.

El día 2017-10-26 nos reunimos con Jaime y la Dra. Nancy, para que él manifestara su malestar, a lo cual él nuevamente utilizó palabras ofensivas hacia mí, le recordamos que respetara, ya que nosotras entablamos una charla respetuosa y reflexiva. Se entabló un ambiente de retroalimentación que creíamos era la oportunidad de mejora para poder subsanar fallas presentadas, pero evidenciamos que no fue de esa manera.

Agradezco se tomen las medidas que Usted considere necesarias para poder continuar con un mejor clima laboral como es que actualmente estamos consolidando en el área.

En virtud de ello, en comunicación del 03 de noviembre de 2017 se citó al actor a diligencia de descargos el 27 de noviembre siguiente, fecha en la cual no aceptó la comisión la conducta y reiteró que ha sido respetuoso con los superiores (*pág. 33 a 35, archivo "03ContestacionAnexos"*). Al responder una de las preguntas, relató lo siguiente:

P/ Según memorando con fecha 27 de octubre de 2017 se ha reportado que usted no acata de manera respetuosa las indicaciones que le dan sus superiores, todo esto de conformidad con la situación que se presentó el 24 de octubre cuando se rompió la celda de cuarzo y le indicaron que buscara el pegante y la reparara.

R/ Quiero aclarar que siempre he sido y seré respetuoso con mis superiores y con mis compañeros, en estos 27 años es algo que me ha caracterizado y frente al sucedido con la celda quiero que conozcan las funciones de mi puesto de trabajo: Dar conformidad a los diferentes procesos a mi cargo con respuestas oportunas y eficaces que no frenen la producción o el desarrollo de un proceso.

Ese día yo le comuniqué a mi jefe inmediata para que me ayude con pedir el pegante al almacén lo cual es el conducto regular, la respuesta de ella fue "Diríjase al almacén y busque el pegante y mi respuesta fue tan pronto me quede un tiempo voy, en este momento estoy atendiendo los clientes externos, conseguí el pegante lo pedí prestado al jefe de margarina y Fernando mi compañero amablemente lo pego en lo que se demoró una hora pues era dispendiosa la tarea de pegarla

Reconozco mis funciones y por tanto me dirigí a mi jefe inmediato, el haber buscado una solución alterna quizá fue el detonante para que la doctora se disgustara.

De la manera más sincera le pido excusas al jefe pues reitero la intención no fue faltarle al respeto en ningún momento.

Al revisar los demás documentos incorporados al expediente no existe ningún otro medio que haga referencia a los referidos acontecimientos.

De las pruebas recaudadas, se tiene que **JAIME ENRIQUE GARZON PACHON** en el interrogatorio reiteró no solo lo señalado en la diligencia de descargos, sino en lo descrito en la demanda, sin que

ninguna de sus manifestaciones constituya confesión frente la conducta reprochada (*min. 18:04, archivo "04GrabacionAudiencia20210830*).

A favor de la parte actora se recaudó el testimonio de Álvaro Torres Góngora, quien manifestó haber laborado para la empresa demandada desde febrero de 2012 a enero de 2018 como técnico de laboratorio, que fue compañero del demandante, que no presencié un trato descortés o grosero del actor hacia Carolina Moreno, por el contrario que Carolina era grosera con todos los trabajadores (*min. 7:50, archivo 13GrabacionAudiencia20220914*"). Igualmente, se recibió la declaración de Nelson Orlando Pérez Delgado, quien laboró para **GRASCO** desde el año 1990 hasta 2018 como técnico en investigación y desarrollo, señaló que Carolina Moreno era la jefe de laboratorio y no evidenció contestaciones agresivas de **JAIME ENRIQUE** (*min. 22:55, archivo 13GrabacionAudiencia20220914*").

A favor de la parte demandada se recepcionó el testimonio de Nancy Fajardo Valenzuela, quien manifestó trabajar en **GRASCO** como directora técnica y ser superior jerárquico de Carolina Moreno, quien a su vez era la jefe de **JAIME ENRIQUE**. Expresó que Carolina exigía mucho y estaba pendiente de lo que hacía, quería que todo le saliera bien, muy rigurosa en lo que mandaba a hacer, pero que no vio ningún trato descortés del demandante hacia su jefe inmediata y que varios trabajadores presentaron una queja por el trato que recibían de Carolina Moreno (*min. 42:24, archivo 13GrabacionAudiencia20220914*"). Se recaudó el testimonio de Sneyder Páez Villegas, trabajador de **GRASCO** desde 1990, desempeñando el cargo de Coordinador de Control de Calidad y aunque no estuvo presente cuando se presentó la novedad de la celda rota, dio fe que Carolina Moreno era de trato fuerte con todos, pero no le consta malos tratos entre ella y el demandante (*min. 57:33, archivo 13GrabacionAudiencia20220914*"). Y finalmente, se recepcionó la declaración de Edwar Leonardo Ballen Carrillo, quien acotó ser trabajador de **GRASCO** desde hacía 24 años y que toda la información

que conoce la obtuvo fue con ocasión del proceso y no presencialmente (*min. 01:08:15, archivo 13GrabacionAudiencia20220914*”).

Un análisis conjunto de estas pruebas permite inferir que la demandada no acreditó la justa causa del despido invocada en la carta de terminación, en especial la del numeral 2° del artículo 62 del CST¹, pues ninguno de los declarantes presencié, evidenció o se percató que **JAIME ENRIQUE GARZON PACHON** ejerciera trato irrespetuoso, grosero o indecoroso con su jefe inmediata, aspecto que fue lo que finalmente generó la apertura del llamamiento a descargos el 27 de noviembre de 2017 y, de contera, condujo a la terminación del contrato de trabajo.

Tampoco se demostró que el comportamiento del demandante fuera contrario a las obligaciones derivadas de la existencia del contrato de trabajo (artículo 58 del CST) o que haya incurrido en alguna de las prohibiciones legales (artículo 60 del CTS). Además, aunque se invocó como causal el incumplimiento de obligaciones contractuales, por el presunto comportamiento inadecuado del trabajador, las mismas no quedaron acreditadas en este juicio.

Ante ese escenario probatorio no le queda camino distinto a la Sala que concluir que la decisión de **GRASCO** fue la terminar el contrato de trabajo de **JAIME ENRIQUE GARZON PACHON**, pero sin justa causa. Por tal motivo, se revocará la sentencia y, en su lugar, se condenará a la empresa a resarcir los perjuicios causados al trabajador por el rompimiento unilateral de la relación laboral, cuyos efectos se encuentran tarifados en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al tratarse de un contrato de trabajo a término fijo celebrado por periodo de un año, renovado de forma indefinida (*17 de junio de 1992, pág. 20, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*), modalidad que se

¹ 2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

mantuvo durante toda la vigencia del vínculo contractual, aspecto sobre el que no hubo controversia, la indemnización por despido equivale a los salarios correspondientes al tiempo que faltaron para cumplir el plazo estipulado del contrato (art. 64 CST, modificado Ley 50 de 1990), esto es, los calculados entre el 29 de noviembre de 2017 al 16 de junio de 2018, en total 198 días, y teniendo en cuenta que el trabajador para la fecha de terminación del contrato devengó una suma mensual de \$2.356.484, incluidos los factores salariales según la liquidación definitiva del contrato, (diario de \$78.549,47), arroja el valor de **\$15.552.795**, montó que deberá pagar la demandada debidamente indexado desde noviembre de 2017 a la fecha de su pago efectivo.

Respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la misma solo procede por la demora en el pago de salarios y prestaciones, conceptos diferentes a la condena impartida en esta sentencia, por lo que se absolverá a la demandada de esta pretensión.

Y si bien la parte actora en la alzada solicitó el reconocimiento de todas las pretensiones de la demanda, únicamente se expusieron argumentos para obtener la indemnización por despido, pero no se manifestaron las razones de inconformidad frente al no reconocimiento de las primas convencionales reclamadas, por lo que, en aplicación del principio de consonancia, la Sala se releva de estudio.

- Sobre la excepción de prescripción

Los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se encuentra probado en este proceso que el contrato de trabajo se terminó el 28 de noviembre de 2017, siendo radicada la demanda el 26 de abril de 2019 (*pág. 70, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*), esto es, antes del vencimiento del término trienal, por lo que no prospera este medio exceptivo. Sobre las demás excepciones se declararán no probadas dado el resultado del estudio de la controversia.

Sin costas en segunda instancia. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada y deberán ser tasadas por el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandada **FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A. GRASCO S.A.** hoy **GRASCO LTDA** terminó el contrato de trabajo de **JAIME ENRIQUE GARZON PACHON** de forma unilateral y sin justa causa, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A. GRASCO S.A.** hoy **GRASCO LTDA** a reconocer y pagar a favor del demandante **JAIME ENRIQUE GARZON PACHON** la suma de **\$15.552.795**, por concepto de indemnización por despido, monto que deberá indexarse en los términos ordenados en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

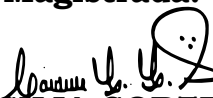
QUINTO: ABSOLVER a la **FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A. GRASCO S.A.** hoy **GRASCO LTDA** de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: SIN COSTAS en segunda instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la **FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS S.A. GRASCO S.A.** hoy **GRASCO LTDA.** Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08-2021-00428-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra el fallo del 06 de junio de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (min. 58:30 archivo “21ActaAudiencia20230606”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 21 archivo “02Demanda”).**

ANGELA ZAUNER CUERVO solicitó declarar nula su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM y condenar a costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 14 de octubre de 1969, que se afilió al ISS desde septiembre de 1994, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** el 18 de enero de 2000, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales. Por lo cual elevó solicitud a las **DEMANDADAS**, petición que fue negada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó que la **DEMANDANTE** realizó reclamación administrativa y que ésta fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada. (Pág. 2 a 10 archivo “08ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad y que negó la petición de retorno al RPM. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de 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 y genéricas. (Pág. 30 a 30 archivo “18ContestaciónProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 58:30 archivo “21ActaAudiencia20230606”).

El 06 de junio de 2023, el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora ÁNGELA ZAUNER CUERVO, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 17 de enero del 2000, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora ÁNGELA ZAUNER CUERVO, conforme a lo señalado. TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora ÁNGELA ZAUNER CUERVO, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor. QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en

*derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos. **SEXTO:** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó la demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, el Juez indicó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso una reaseosria no es muestra de consentimiento informada para la vinculación, pues esta se da posterior a la afiliación por lo que no procede, asimismo, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubieran satisfecho al accionante en su deber de información, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando que la afiliación por parte de la **DEMANDANTE** al RAIS se llevó de manera libre y voluntaria y que no hubo ningún tipo de intervención en el debido traslado, por tanto, no hay un incumplimiento de obligaciones laborales. Pide sea revocada la sentencia de primera instancia. (min. 50:57 archivo “21ActaAudiencia20230606”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el

grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **ANGELA ZAUNER CUERVO** nació el 14 de octubre de 1969 (Pág. 1 archivo “05Anexos”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al ISS desde el 17 de enero de 1990 al 31 de octubre de 1996 (Pág. 1 a 6 archivo “14ExpedienteAdministrativo”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación No. 9970278 del 17 de enero de 2000, efectivo a partir del 01 de marzo de 2000, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 39 y 45 archivo “18ContestacionProteccion”); *iv)* la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **PROTECCIÓN S.A.**, petición que fue negada (Pág. 22 a 27 archivo “05Anexos”); *v)* la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES**, petición que no fue contestada (pág. 18 a 19 archivo “05Anexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las*

implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS por políticas de la empresa en la que laboraba y que al momento de dicha afiliación no fue asesorada por ningún personal de la AFP, manifestación que no beneficia a **PROTECCIÓN S.A.** puesto que

ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha

dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Por las anteriores consideraciones, la Sala prohiará la decisión de primer grado. No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir

copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

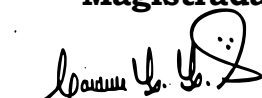
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANGELA ZAUNER CUERVO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2021 00428 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MUXILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 09-2021-00281-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra el fallo del 30 de marzo de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** (min. 28:21 archivo “16AudioFallo”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. **33** a **40** archivo “01DemandaAnexosActaReparto”).

LUZ EMILIA BOGOTÁ SÁNCHEZ solicitó declarar nula su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 17 de junio de 1960, que se afilió al ISS desde 04 de septiembre de 1980 hasta el 08 de junio de 1999, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** el 01 de junio de 1999, afiliación que se llevó a cabo bajo las políticas de la entidad donde laboraba, por lo que nunca fue asesorada por la AFP, quien no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales. Por lo cual elevó solicitud a las **DEMANDADAS**, petición que fue negada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó que la **DEMANDANTE** realizó reclamación administrativa y que ésta fue negada. Expresé que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para no pedir, presunción de la legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y genérica (Pág. 13 a 20 archivo “06ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legítima causa, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción y compensación. (Pág. 18 a 20 archivo “07ContestaciónColfondos”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 28:21 archivo “16AudioFallo”).

El 30 de marzo de 2023, el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Luz Emilia Bogotá Sánchez, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, el 6 de abril de 1999. SEGUNDO. CONDENAR a la COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse La orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la

*demandante las correspondientes semanas. **CUARTO. DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. **QUINTO. COSTAS.** Lo serán a cargo de COLFONDOS S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva. **SEXTO.** Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS. (...)”.*

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó la **DEMANDANTE** y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, el Juez indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, asimismo, cualquier persona puede realizar su afiliación de manera libre y voluntaria, dicha afiliación con la AFP demandada no se cumplió, pues la **DEMANDANTE** no fue debidamente informada, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho a la accionante en su deber de información, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demanda **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, considerando que no le asiste derecho alguno a la **DEMANDANTE**, puesto que como se evidencia en interrogatorio no tuvo interés alguno en informarse y permaneció durante más de 20 años en el RAIS. Pide sea revocada la sentencia de primera instancia. (min. 23:21 archivo “16AudioFallo”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, no fueron allegados los alegatos por las partes en el proceso.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho

público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **LUZ EMILIA BOGOTÁ SÁNCHEZ** nació el 17 de junio de 1960 (Pág. 4 archivo “01DemandaAnexosActaRrparto”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al ISS desde el 04 de septiembre al 08 de junio de 1999 (Pág. 52 a 54 archivo “06ContestacionColpensiones”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** a través de formulario de afiliación No. 7028550 del 06 de abril de 1999, efectivo a partir del 01 de junio de 1999; AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 6 archivo “01DemandaAnexoActaReparto” y Pág. 22 a 27 archivo “07Contestacioncolfondos”); *iv)* la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLFONDOS S.A.**, petición que fue negada (Pág. 18 a 25 archivo “01DemandaAnexoActaReparto”); *v)* la **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES**, petición que no fue negada (pág. 26 a 30 archivo “01DemandaAnexoActaReparto”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, reactivó

la afiliación en el RPM y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitivos de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada*

decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió

con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que no fue decidió propia de trasladarse al RAIS y que al momento de dicha afiliación no fue asesorada por ningún personal de la AFP, manifestación que no beneficia a **COLFONDOS S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado.

Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como

aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Por las anteriores consideraciones, la Sala prohijará la decisión de primer grado. No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá a remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda

sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

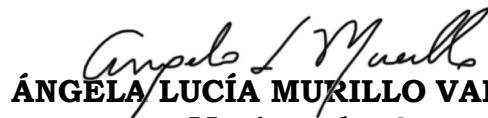
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ EMILIA BOGOTA SÁNCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2021 00281 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 10-2020-00300-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 26 de junio de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y debidamente indexados, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 2:33:54 *archivo "31AudioAdiencia"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 10 archivo "01DemandaYAnexos").**

JORGE IGNACIO HORTA OLMOS solicitó declarar la ineficacia del traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 14 de junio de 1957, que se afilió al ISS el 09 de noviembre de 1987; se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** en el mes de septiembre de 2001, al momento de la afiliación no fue asesorado e informado por la AFP, quien no suministró información clara y completa de las características, beneficios y requisitos de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales; para el 01 de febrero de 2010 regresó al RPM,

traslado que fue aceptado por **COLPENSIONES**, por lo cual elevó solicitud de reconocimiento pensional el 17 de junio de 2019, petición negada, considerando la entidad que su retorno al RPM no tuvo efectos por cuanto se encontraba dentro de la prohibición legal del artículo 13 de la ley 100 de 1993, por lo que actualmente se encuentra afiliado a la AFP **PORVENIR** con un total de 1.620 semanas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, que estuvo afiliado al RPM, la reclamación administrativa y que esta fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, validación de la afiliación, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la genérica (Pág. 6 a 16 archivo “13ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad, indicó que no son ciertos o no le constan los demás y formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 2 a 28 archivos “24ContestaciónPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 2:33:54 archivo “31AudioAudiencia”).

El 26 de junio de 2023, el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante señor JORGE IGNACIO HORTA OLMOS, a la sociedad FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 25/09/2001, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante señor JORGE IGNACIO HORTA OLMOS al régimen de prima media con

*prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva. **TERCERO: CONDENAR** a ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A. hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JORGE IGNACIO HORTA OLMOS, como cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., así mismo a realizar la devolución los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados que le hubiere descontado al demandante durante su vinculación, y deberá entregar a Colpensiones los documentos correspondientes que den cuenta del pago de las sumas ordenadas a Colpensiones por la demandante, acompañado de la documental que de constancia de lo recibido por la AFP PORVENIR S.A. por cotizaciones, rendimientos interese, bonos, informando periodos o ciclos cotizados, IBC, valor de la cotización, de los rendimientos causados y bonos pensionales si los hubiere y de igual manera la información de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima , para que se pueda establecer por esta entidad que la devolución se hace en los términos ordenados en esta sentencia y deberá realizarse la devolución a Colpensiones en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia de conformidad a la parte motiva. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia deberá registrar en la historia laboral del demandante para efectos pensionales de Colpensiones las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de la AFP PORVENIR S.A.; así mismo debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. **SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a AFP PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas la suma de \$ 1.100.000, Colpensiones por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$ 350.000 **SEPTIMO:** De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (...)*

La *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó el demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, la Juez indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso, el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar el consentimiento informado, asimismo, que las AFP deben cumplir con el deber de información a sus usuarios para que estos tengan todos los elementos para escoger un régimen pensional de manera libre, consciente y voluntaria; para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte del demandante no se puede deducir una confesión.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando que cumplió con la asesoría correspondiente, el deber de información y los requisitos legales al momento de la afiliación, asimismo, que el demandante contaba con toda la capacidad legal para celebrar negocios jurídicos por lo que no se puede eximir de cumplir con sus deberes y obligaciones como el de re asesorarse y por último resulta inequitativo que esa AFP tenga que devolver rubros como los gastos de administración y de indexación, los cuales representarían un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES**. (min. 2:20:58 archivo “34AudioAudiencia”).

A su vez, la demanda **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, considerando que el acto de afiliación con **PORVENIR** se llevó a cabo dentro del marco normativo y de manera libre, expresa y voluntaria; igualmente, aduce que se debe tener en cuenta que esa entidad no participó dentro de la celebración del acto jurídico. (min. 2:26:15. archivo “34AudioAudiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **PORVENIR S.A** y **COLPENSIOES** solicitaron revocar el fallo y absolver de todas las pretensiones incoadas y de las condenas impuestas, reiterando los argumentos de su alzada.

Por su parte, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** solicitó que se conforme la sentencia de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los valores descontados durante su permanencia en la AFP, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **JORGE IGNACIO HORTAS OLMOS** nació el 14 de junio de 1957 (Pág. 26 archivo “01DemandaYAnexos”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al ISS el 09 de noviembre de 1987 (Pág. 36 archivo “01DemandaYAnexos”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 01610163, efectivo a partir del 01 de noviembre de 2001, AFP en la cual permanece vinculado (Pág. 29 a 30 archivo “24ContestacionPorvenir”); *iv)* el **DEMANDANTE** elevó

solicitud a **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, peticiones que fueron negadas (Pág. 70 a 123 archivo “*01DemandaAnexos*”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las

características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de

afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque la AFP por medio de asesora le informó que en el RAIS podría pensionarse a temprana edad, manifestación que no beneficia a **PORVENIR S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del

trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Del mismo modo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional,

indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Asimismo, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante **JORGE IGNACIO HORTA OLMOS** del RPM al RAIS con **PORVENIR S.A.**, a través de formulario de afiliación No. No. 01610163, efectivo a partir del 01 de noviembre de 2001.

SEGUNDO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

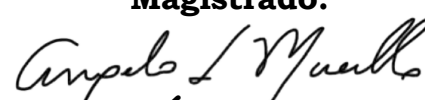
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JORGE IGNACIO HORTA OLMOS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2020 00300 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MUXILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.11-2018-00460-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante **JOSE GUSTAVO JARAMILLO BOTERO** contra la sentencia proferida el 06 de junio de 2022 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 29:40*, archivo “04AudioAudiencia06.06.2022”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JOSE GUSTAVO JARAMILLO BOTERO llamó a juicio a **ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. ALMACAFE** con el fin de que se declare que existió una relación laboral ininterrumpida desde el 09 de septiembre de 1971, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, que dicho contrato finalizó el 1º de octubre de 2016 de forma ilegal y, en consecuencia, que se ordene su reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior

categoría, junto con el pago de salarios, prestaciones legales, convencionales, aportes a seguridad social y costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria reclama la reliquidación de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales, indemnización por despido establecida en la convención colectiva, pago de aportes pensionales de diciembre de 1995, enero de 1996, agosto y diciembre de 2015 y enero de 2016, indemnización moratoria e indexación.

Como fundamento fáctico indicó que se vinculó a la demandada el 09 de septiembre de 1971, según historia laboral de COLPENSIONES; que prestó servicios de forma ininterrumpida hasta el 1° de octubre de 2016, fecha en la cual le cancelaron el contrato de trabajo sin que se le haya garantizado el derecho de defensa; que la demandada no realizó integralmente el pago de aportes pensionales y en la liquidación final del contrato no aparece el lapso comprendido entre el 1° de septiembre de 1971 a 10 de abril de 1972.

Manifestó que el 18 de agosto de 1988 fue despedido injustamente por **ALMACAFE**, motivo por el cual presentó demanda en contra de su empleador y con ocasión de ello se ordenó su reintegro, pero que en la historia laboral no se refleja todo el tiempo de vinculación y la empresa no le ha entregado todos los comprobantes de pago; que las prestaciones sociales le fueron liquidadas con un salario promedio de \$2.583.130, le descontaron de la liquidación definitiva \$1.382.127 por anticipo de prima de vacaciones y que por cesantías definitivas solo le pagaron \$22.902.442, sin tenerle en cuenta todo el tiempo de servicios (*pág. 7 a 18, archivo "01ExpedienteScaneado"*).

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. ALMACAFE se opuso a las pretensiones. Aceptó la comunicación de la terminación del contrato de trabajo, expresó que los demás hechos no eran ciertos y propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación*;

prescripción; buena fe; falta de título y causa para pedir; pago y compensación; cobro de lo no debido; enriquecimiento sin causa del demandante y cosa juzgada (pág. 114 a 130, archivo “01ExpedienteScaneado”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 29:40, archivo “04AudioAudiencia06.06.2022”)

El 06 de junio de 2022, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO. - ABSOLVER a la sociedad demandada Almacenes de Deposito de Café ALMACAFE S.A. de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por parte del ciudadano José Gustavo Jaramillo Botero, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO. - DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación, falta de título y causa para pedir, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa del demandante, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia, relevándose el despacho del estudio de las demás. TERCERO - CONSULTAR ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a favor del extremo demandante la presente sentencia en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta providencia. CUARTO - CONDENAR en costas a la parte demandante. Se ordena señalar la suma de \$500.000 por concepto costas de agencias en derecho. Por secretaría liquidense las mismas (...)”.

Como sustento de la decisión el Juez indicó que no se allegaron pruebas suficientes que acrediten la prestación del servicio desde el 1° de septiembre de 1971 como se reclama en la demanda, sino que por

el contrario con el contrato de trabajo y la certificación laboral aportada por la demandada hay plena certeza que el vínculo contractual fue a partir del 10 de abril de 1972 hasta el 1° de octubre de 2016.

Frente al despido, señaló que el empleador en escrito del 08 de agosto de 2016 terminó el contrato de trabajo a partir del 1° de octubre de 2016, con ocasión del reconocimiento pensional efectuado al demandante por parte de **COLPENSIONES**, comunicación que respetó el término de preaviso contenido el inciso final del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, motivo por el cual concluyó que el despido se tornó válido estando facultado plenamente el empleador para finiquitar la relación laboral pues al actor se le había reconocido la pensión de vejez, prestación incluido en nómina de pensionados, configurándose no solo la justeza del mismo sino su validez.

Sobre el pago de beneficios convencionales precisó que el demandante solicitó de manera general el reconocimiento y pago una serie de beneficios sin especificar a cuáles hacía referencia y a cuáles consideraba tener derecho y ni siquiera aportó el escrito de convención colectiva de trabajo respecto de la cual pretende obtener dichos reconocimientos. Y respecto de aportes pensionales encontró que el ISS realizó un cálculo actuarial en agosto de 2003, en cumplimiento de una sentencia judicial contra **ALMACAFE** dentro de la cual se encuentran liquidados los ciclos para los años 1995 y 1996, los cuales fueron pagados por la empresa. En cuanto a los ciclos de agosto y diciembre de 2015 y enero de 2016, dedujo que una vez reconocida la pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2015, la obligación de cotización por parte del empleador cesó al estar cubierto de dicho riesgo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus

pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la parte demandada solicitó la confirmación de la sentencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Teniendo en cuenta que al Magistrado Ponente le asignaron por reparto el presente proceso para resolver un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y así se admitió y se corrió traslado a las partes en providencia del 16 de febrero de 2023. Sin embargo, al revisar el expediente se constata que el Juzgado de instancia lo remitió en el grado jurisdiccional de consulta al no haberse propuesto reproche alguno por las partes, motivo por el cual para todos los efectos deberá entenderse que el estudio que se realiza al presente asunto obedece al referido grado jurisdiccional.

Por eso, verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante acreditó los elementos mínimos para declarar la existencia del contrato de trabajo desde el 1° de septiembre de 1971, la procedencia o no del reintegro, la indemnización por despido convencional, la reliquidación de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales, pago de aportes pensionales, indemnización moratoria e indexación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* entre el demandante **JOSE GUSTAVO JARAMILLO BOTERO** y **ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. ALMACAFE** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 10 de abril de 1972 al 30 de septiembre de 2016 (*pág. 15 a 17, archivo “01.aPruebasContestacion”*); *ii)* y en comunicación del 08 de agosto de 2016 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (*pág. 18, archivo “01.aPruebasContestacion”*).

- **Acerca del extremo inicial de la relación laboral.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 del CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

Y finalmente, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que para configurar la existencia de un contrato de trabajo no es indispensable la demostración plena de los tres elementos denominados esenciales en el referido artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues bastaría la demostración efectiva de la prestación del servicio para que el contrato de trabajo se presuma. Situación diferente es que para impartir condena en concreto las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden, tales como los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral y el tiempo suplementario si se alega, y demás hechos que se enarbolan como causa de las pretensiones demandadas (SL Rad.42167 y SL3126 de 2021).

Bajo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó la existencia del contrato de trabajo a término indefinido desde el 09 de septiembre de 1971 como se reclama en la demanda, pues revisado el material probatorio allegado por las partes y lo aceptado por el representante legal de **ALMACAFE** en el interrogatorio (*min. 15:33, archivo "02AudioAudiencia21.04.2022"*) se concluye que, si bien **JOSE GUSTAVO JARAMILLO BOTERO** acreditó la prestación de servicios a

favor de la demandada desde el año 1971, esto obedeció fue a un contrato de aprendizaje, cuya modalidad fue a término fijo.

En efecto, entre las partes se suscribió un contrato de aprendizaje a partir del 12 de julio de 1971, en virtud del cual el actor a partir de esa fecha iniciaba su formación profesional metódica en la especialidad de secretariado general, por un término máximo de 3 años, fijándose como remuneración para el primer año el 75% del salario mínimo legal o convencional (*pág. 30 y 31, archivo “01.aPruebasContestacion”*). Sin embargo, dicho contrato fue terminado y liquidado a partir del 10 de abril de 1972 (*pág. 32, archivo “01.aPruebasContestacion”*) para dar paso a un contrato de trabajo a término indefinido desde esa misma fecha (*pág. 15 a 17, archivo “01.aPruebasContestacion”*).

Por tal motivo, al tratarse de dos relaciones completamente diferentes, no es posible derivar las consecuencias del artículo 47 del CST para sostener que se trató de una única relación laboral, por lo que, en este aspecto, aunque por razones diferentes, se confirmará la decisión adoptada por el *a quo*.

- Sobre la terminación del contrato de trabajo.

El artículo 62 del CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 del CST.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que corresponde al trabajador

acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como se reafirmó en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

También la H. CSJ ha sostenido, de forma reiterada y pacífica, que la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando la ejerce el empleador, es una de sus facultades y no una sanción, motivo por el cual no le es aplicable el artículo 115 del CST ni ningún procedimiento previo, a menos que así se hubiera pactado entre las partes, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa, regla jurisprudencial ratificada en las sentencias SL15245 de 2014, SL 1981 de 2019, SL2351 de 2020, entre otras.

Sin embargo, el máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha aclarado que ello no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues la jurisprudencia ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral, a saber:

1. La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.
2. La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos.
3. Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.
4. Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno

de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.

5. Y la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

Al respecto, se pueden consultar las sentencias SL15245 de 2014, SL1981 de 2019 y SL2351 de 2020, SL496 de 2021, SL679 de 2021, SL339 de 2023, entre otras.

Ahora, en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en su literal a) define en forma taxativa las conductas del trabajador que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, de manera unilateral con justa causa y sin el pago de indemnización. Entre ellas, el numeral 14 del literal a), alegada por la demandada como justa causa, autoriza la terminación del contrato cuando al trabajador le ha sido reconocida pensión.

Sobre esta causal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido que el reconocimiento de la pensión como una causa de terminación del contrato de trabajo, aplica tanto en el sector privado como en el público, y opera frente a cualquier tipo de pensiones, incluso aquellas legales reconocidas bajo la aplicación del régimen de transición y las extralegales o convencionales, dado que el fin de la norma es dotar a los empleadores de herramientas que le permitan disponer libremente de las personas que tuvieran asegurado un ingreso pensional (SL1178-2022 y SL2303-2021).

Esa misma Corporación, también ha definido que la procedencia de esta causal específica de terminación del contrato con justa causa, se enmarca en la garantía de que, entre la finalización del contrato y el inicio del pago de la mesada pensional, el trabajador no deje de percibir los ingresos que garantizan su subsistencia, pero una vez se han cumplido tales condiciones, dice la Corte, el empleador tiene la posibilidad de hacer uso de dicha causal, cuando estime que el

trabajador ha cumplido su ciclo laboral en la empresa, es decir en cualquier tiempo (SL2509-2017, SL3108-2019 y SL3146-2020 y SL1178-2022).

Y si bien, dice la Corte, que la regla de la inmediatez entre la comisión de la falta y la reacción ante la misma, obliga al empleador a actuar con prontitud y celeridad, ya sea para sancionar al trabajador o despedirlo, no resulta viable aplicar dicho principio cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión en favor del trabajador, pues se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad (SL3108-2019).

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos, se advierte que COLPENSIONES, mediante Resolución GNR212010 del 15 de julio de 2015, reconoció al actor una pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2015, bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$1.809.480 (*pág. 38 a 43, archivo “01ExpedienteEscaneado”*), prestación pensional que fue incluida en nómina de pensionados para el mes de agosto de 2015 (*pág. 133 y 134, archivo “01ExpedienteEscaneado”*)

Mediante comunicación del 08 de agosto de 2016, **ALMACAFE** notificó al demandante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 1° de octubre de 2016. Al efecto, el empleador adujo lo siguiente:

Teniendo en cuenta que mediante Resolución GNR 212010 del 15 de julio 2015, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, le reconoció pensión por vejez solicitada, nos permitimos comunicarle que Los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A. – Almacafé, ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo por justa causa, a partir del día 1° de octubre de 2016, prestando sus servicios hasta el 30 de septiembre de 2016, lo anterior, con base en lo establecido por el numeral 14 del literal a) del artículo 7 del decreto 2351 de 1965 y la ley 797 de 2003, artículo 9, parágrafo 3.

Del documento referido se deduce que la demandada invocó como justa causa para dar por terminado el contrato la condición de

pensionado del actor derivada del reconocimiento de la pensión de vejez que le viene pagando **COLPENSIONES** desde agosto de 2015, de lo que se concluye que en el caso bajo estudio la finalización del vínculo se dio por la existencia de la justa causa aludida por **ALMACAFE**, lo que descarta el estudio de la procedencia del reintegro o de la indemnización.

A juicio de la Sala y siguiendo el criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en este asunto se encuentra debidamente acreditada la justa causa en cuanto el demandante tiene la condición de pensionado, y para el momento en que se le comunicó la terminación del contrato ya ostentaba tal calidad, notificación que se hizo de forma anticipada cumpliendo el término señalado en el inciso final del literal a) del artículo 62 del CST. Y aunque la terminación del contrato se realizó un año después del reconocimiento pensional, la facultad de aplicar esta causal la conservó el empleador hasta el momento que consideró pertinente hacer uso de la misma, sin que para su materialización fuera necesario agotamiento administrativo previo, pues no se acreditó que las partes hayan pactado contractual o convencionalmente dicho procedimiento, razón suficiente para confirmar la sentencia consultada.

- Sobre la reliquidación de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales y el pago de aportes pensionales

Solicita la parte actora que se declare que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo y que se reliquiden los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales durante toda la vigencia de la relación laboral.

Al respecto, al revisar el expediente, **JOSE GUSTAVO JARAMILLO BOTERO** no adosó la correspondiente norma convencional de la cual pretendía beneficiarse, sin cuyo cumplimiento no puede realizarse ninguna apreciación ni análisis fáctico, en virtud

de las exigencias de los artículos 469 y s.s. del CST, lo que descarta cualquier reclamación prestacional derivada de dicho acuerdo.

Y frente a la reliquidación de salarios y prestaciones sociales de carácter legal no hay claridad sobre qué tópico se edifican estas pretensiones, no se sabe con certeza si es derivada de la falta de inclusión de factores salariales o trabajo suplementario o reajustes salariales, aunado al hecho de que no se allegaron los comprobantes de nómina para identificar cuáles fueron los movimientos mensuales de remuneración. En tal sentido, no puede la parte actora, so pretexto de acudir a la Jurisdicción, elevar pretensiones genéricas sin que le brinde al Juez los insumos necesarios para realizar una verificación de las presuntas acreencias que considera tener derecho, carga procesal que debía acreditar en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso, aspecto que brilla por su ausencia en el plenario. En tal sentido, la absolución impartida por la primera instancia ha de ser confirmada.

En todo caso se advierte que la suma deducida en la liquidación final del contrato de trabajo corresponde al concepto de prima de servicios extralegal y no a la prima de vacaciones, como se indicó en la demanda, y al no aportarse el acuerdo convencional no es posible verificar cuando se causó y se hizo exigible este derecho y si había lugar a dicha retención.

Finalmente, sobre el pago de aportes pensionales para los periodos de diciembre de 1995, enero de 1996, agosto y diciembre de 2015 y enero de 2016, es pertinente señalar que el numeral 1° del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, establece que son afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Por su parte, el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, establece que la obligación de cotizar cesa en el momento en que el afiliado reúna los requisitos mínimos para acceder a la pensión

de vejez o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Del contenido de las normas referidas y teniendo en cuenta la situación particular que plantea el caso bajo estudio, es pertinente indicar que, en cumplimiento de una sentencia judicial, el 06 de abril de 2004 el ISS elaboró calculo actuarial para validar los aportes pensionales a nombre del demandante correspondientes a los periodos de 18 de noviembre de 1988 hasta el 05 de mayo de 2002, valores pagados oportunamente por el empleador ALMACAFE (*pág. 105 a 126, archivo “01.aPruebasContestacion”*). De suerte que por los periodos que se reclaman para diciembre de 1995 y enero de 1996 se encuentra cumplida la obligación por parte de la empresa, por lo que si no aparecen reflejados en la historia laboral le corresponde al actor adelantar los trámites de actualización ante el fondo de pensiones.

Y al tener **JOSE GUSTAVO JARAMILLO BOTERO** la calidad de pensionado, según Resolución GNR212010 del 15 de julio de 2015, la obligación de cotizar por parte de **ALMACAFE** cesó a partir del 1° de agosto de 2015, fecha desde la cual el accionante comenzó a disfrutar de su derecho prestacional reconocido por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo improcedente el pago de aportes reclamados en esta acción.

Adicionalmente, al no concederse suma alguna al accionante por concepto de salarios y prestaciones sociales, tampoco es viable la indemnización moratoria y la indexación pedidas con la demanda.

Por el anterior análisis, no le queda camino diferente a la Sala que confirmar la decisión de primer grado.

Sin costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.12-2022-00211-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 19 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación de régimen pensional realizada por la demandante y ordenó a la AFP **PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la afiliada en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados, junto con sus rendimientos, condenó en costas a las demandadas y se abstuvo de estudiar la pensión de vejez (*min. 01:28:40, archivo “18Audioaudienciavirtualconcederecurso”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

ANA DOLORES VILLAMIL BELLO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado, o en subsidio la nulidad, realizado el 1° de febrero de 1998 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, administrado por **PORVENIR**, y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes, junto con los rendimientos, gastos de administración, bono pensional, indexación, intereses y a **COLPENSIONES** a admitirla como su afiliada y a reconocerle y pagarle la pensión de jubilación, condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 16 de octubre de 1961, laboró al servicio del Hospital San José de Guaduas desde el 1° de enero de 1994 hasta el 28 de febrero de 2022, cotizó al Fondo de Pasivo Prestacional de Departamento de Cundinamarca y al ISS hasta el 30 de junio de 1995; que se trasladó del RPM al RAIS el 1° de febrero de 1998 a través de **PORVENIR**, sostuvo que dicha AFP no le suministró información necesaria y completa, tanto de los beneficios como de los posibles perjuicios que ello conllevaba, lo cual le impidió hacer una afiliación libre y voluntaria; que a pesar de las 1.865 semanas cotizadas y el capital acumulado, solo le alcanzaría para obtener una mesada en el RAIS de un SMLMV, mientras que en el RPM obtendría una mesada de \$1.803.261,82; que presentó reclamación administrativa ante las demandadas y que la fecha de radicación de la demanda la AFP no le ha reconocido pensión de jubilación (*pág. 2 a 18, archivo "04Subsanaciondemanda"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad de la demandante y la presentación de la reclamación administrativa. Señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones de *prescripción y caducidad*; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; cobro de lo no debido; buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (pág. 2 a 15, archivo “08Contestaciondemandacolpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad de la demandante, el número de semanas cotizadas, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, la respuesta a la reclamación administrativa, las diferentes solicitudes radicadas y el no reconocimiento pensional. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; *prescripción de la acción de nulidad*; cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 2 a 29, archivo “06ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:28:40, archivo “18Audioaudienciavirtualconcederecurso”)

El 19 de julio de 2023, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora ANA DOLORES VILLAMIL BELLO, identificada con cédula de ciudadanía 39.737.087 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR el 5 de febrero de 1998 junto con el efectuado a HORIZONTE el 30 de marzo de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora ANA DOLORES VILLAMIL BELLO al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto. **TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ANA DOLORES VILLAMIL incluso también en HORIZONTE tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora ANA DOLORES VILLAMIL BELLO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros actualice su información en la historia laboral. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SEXTO: ABSTENERSE** del estudio de la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez. **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas de esta instancia a PORVENIR y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una. **OCTAVO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor.”.

Como sustento de la decisión, el Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **PORVENIR** no cumplió con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, las consecuencias que conllevaba esa decisión, las ventajas y sus desventajas, sin que la firma contenida en el formulario sea suficiente para cumplir esos fines, motivo por el cual concluyó que era viable declarar su ineficacia.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación en cuanto al no reconocimiento de la pensión de vejez. Adujo que **ANA DOLORES VILLAMIL BELLO** cuenta con más de 1.800 semanas cotizadas, tiene 61 años de edad, se encuentra desempleada por lo que

considera que la pensión si está causada y al declararse la ineficacia del traslado, **COLPENSIONES** debe pensionarla sin esperarse a que **PORVENIR** le remita todos los aportes, con los rendimientos, porque a la demandante no se le puede obligar a que se espere el tiempo que la AFP quiera (*min. 01:31:10, archivo “18Audioaudienciavirtualconcederecurso”*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se absuelva de las pretensiones. Manifestó que el traslado de régimen pensional lo efectuó la demandante en el ejercicio del derecho de libre escogencia, previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que tuvo reiteradas ocasiones de tiempo, modo y lugar para aclarar dudas y no lo hizo, que retornar la afiliada a **COLPENSIONES** viola la restricción de la Ley 797 de 2003, además en cumplimiento de las disposiciones normativas y reglamentarias, **COLPENSIONES** está imposibilitada para asumir el traslado que pretende el accionante, máxime cuando ha efectuado aportes por más de 20 años en el RAIS, por lo que resulta desproporcionado que esta persona sea subsidiada por las cotizaciones que han realizado los demás aportantes del RPM, lo que afecta la eficiencia pensional del sistema; finalmente, solicita no se le condene en costas dado que no tuvo injerencia en la decisión del traslado (*min. 01:33:24, archivo “18Audioaudienciavirtualconcederecurso”*).

Y el apoderado de **PORVENIR** también presentó recurso de apelación. Como sustento de la alzada señaló que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en los términos establecidos en la ley; que en caso de que se ordenen retornar todos los rendimientos financieros del RAIS y no hasta el tope que se lo hubieran causado en el RPM, será necesario utilizar el descuento de las restituciones mutuas a que haya lugar, pues sin estas ni las compensaciones económicas, conllevarían un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPM que se terminó

beneficiando de una administración que no hizo. Finalmente, que es improcedente la combinación de indexaciones de los gastos de administración y seguros previsionales pues los rendimientos son superiores y compensan este concepto (*min. 01:39:05, archivo "18Audioaudienciavirtualconcederecurso"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado actor solicitó la priorización para resolver la apelación dado que considera que la demandante se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta.

La firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien actúa como apoderada principal de **PORVENIR**, sustituyó el poder a la doctora Vanessa Gómez Quintero, identificada con C.C. No. 1.032.509.355 y T.P. 409.053 del CSJ, a quien se le reconoce dicha calidad, y en el escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos

planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** del RPM al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, la procedencia de la condena en costas en contra de **COLPENSIONES** y la posibilidad de reconocimiento de la pensión de vejez, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) ANA DOLORES VILLAMIL BELLO** nació el 16 de octubre de 1961, efectuó aportes al Fondo de Pensiones de Cundinamarca (*pág. 61 a 64, archivo “04Subsanaciondemanda”*) y luego se afilió al ISS a partir del 13 de marzo de 1987 (*pág. 499, archivo “08Contestaciondemandacolpensiones”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 05 de febrero de 1998, con efectividad a partir del 1° de abril del mismo año, luego se trasladó a HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 30 de marzo de 2000, donde permanece actualmente (*pág. 76 y 117, archivo “10Contestaciondemandaporvenir”*);

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre

y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el

deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente

que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado de la DEMANDANTE del RPM al RAIS, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los representantes de la AFP le dijeron que el ISS se iba a acabar, que le convenía pasarse al fondo porque se iba a pensionar con 1.150 semanas, que podían salir pensionada antes, que iba a contar con una

cuenta de ahorro individual y rendimientos, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación formulado por **COLPENSIONES**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, rendimientos financieros y, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto en la alzada por **PORVENIR**. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en la devolución total de los conceptos referidos en precedencia, se modificará la sentencia.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a **COLPENSIONES** como actual fondo administrador de las cotizaciones de la demandante, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, validarlos como semanas cotizadas y a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Sin embargo, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Además, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

Respecto del recurso de apelación presentado por la parte demandante, basta con precisar que en este tipo de asuntos le corresponde a **COLPENSIONES** validar los aportes pensionales traslados del RAIS y computar las semanas cotizadas en la historia laboral de la afiliada, en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, por lo que un reconocimiento pensional previo como se reclama es improcedente, en la medida en que los dineros aún no han ingresado al fondo común que administra **COLPENSIONES**. Tan solo dicho estudio lo podrá adelantar el fondo de pensiones una vez reciba los dineros provenientes del RAIS.

Pero, además, nótese que disponer un reconocimiento pensional en tales condiciones convertirían al Juez Laboral en un coadministrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al ser la primera autoridad en pronunciarse sobre un posible derecho prestacional de un afiliado de este régimen, sin ni siquiera permitírsele que la entidad encargada legalmente de su administración cumpla con sus funciones, en los términos de los artículos 31, 32 y 52 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, desconocería la competencia funcional de la especialidad laboral pues no se puede olvidar que la última

vinculación laboral de **ANA DOLORES VILLAMIL BELLO** fue como empleada pública al servicio del Hospital San José de Guaduas, por lo que una vez se materialice el cumplimiento de la sentencia con la entrega de los recursos por parte de **PORVENIR** a **COLPENSIONES**, inmediatamente cualquier controversia relacionada con el reconocimiento pensional pasa a ser de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, conforme lo regula el numeral 4^o¹ del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

En tal sentido, no le asiste razón al apoderado actor, motivo suficiente para confirmar la decisión en este aspecto.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5^o del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

¹ 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por ANA DOLORES VILLAMIL BELLO, identificada con cédula de ciudadanía 39.737.087 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 5 de febrero de 1998*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad y también los referidos a la vinculación con HORIZONTE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

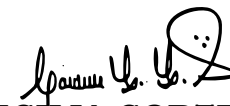
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA DOLORES VILLAMIL BELLO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

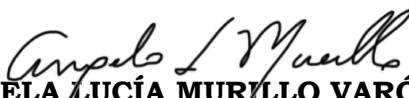
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2022 00211 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 15-2016-00139-02

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** contra la sentencia del 12 de abril de 2023 proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de **MARGARITA ROSA LÓPEZ CEDEÑO**, en calidad de hija inválida de Luis Mario López García (q.e.p.d.) (*min. 01:13:14, archivo “10Audiencia20230412”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

MARGARITA ROSA LÓPEZ CEDEÑO llamó a juicio al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** para que se reconozca y pague la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de Luis Mario López Cedeño (q.e.p.d.), en su calidad de hija discapacitada, junto con el retroactivo, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que su padre Luis Mario López García (q.e.p.d.), al momento de su deceso, se encontraba gozando de una jubilación reconocida por la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 09 de julio de 1963; que la demandada mediante Resolución No. 2432 de fecha 14 de octubre de 1977 reconoció y ordenó pagar a favor de Bárbara Rita Cedeño Vda de López, en su condición de cónyuge supérstite el 50% de la mesada y el otro 50% a su hijas legítimas quienes en ese entonces eran menores de edad; que el 06 de mayo de 1999 solicitó sustitución pensional en su condición de hija discapacitada del causante, petición que fue negada mediante Resolución No.1483 del 29 de septiembre de 1999 al tener tan sólo un 36% de PCL, pese que a que desde sus dos años de edad sufre de *paraparesia* como consecuencia de una *poliomielitis*.

Manifestó que su progenitora Bárbara Rita Cedeño Vda de López falleció el 14 de julio de 2003, por lo que ante la negativa de concederse a su favor la pensión de sobrevivientes, acudió a la Jurisdicción Laboral instaurando demanda que le correspondió al Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, bajo radicado No. 2004-871, en la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, como beneficiaria hija discapacitada, pago de retroactivo, indexación e intereses moratorios, proceso que fue resuelto mediante sentencia del 02 de febrero de 2007 donde se absolvió a la demandada, decisión confirmada por este Tribunal en sentencia del 23 de enero de 2009.

Señaló que el 30 de agosto de 2014, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca mediante dictamen No. 45500814 la calificó con una pérdida de capacidad laboral del 70.77% con fecha de estructuración del 23 de abril de 1965, razón por la cual volvió a presentar solicitud de sustitución pensional ante el Fondo de Pasivo Social, la cual fue negada en comunicación del 22 de junio de 2015 aduciendo la existencia de cosa juzgada (*pág. 4 a 12, archivo "01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263"*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

Mediante providencia del 30 de agosto de 2016, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la demanda por parte del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** (pág. 121 a 122, 01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”).

En audiencia del 08 de marzo de 2017 el Juzgado de instancia declaró probada la excepción de cosa juzgada (min. 05:37, archivo “02CdFolio124Audiencia20170308”), decisión que fue revocada por esta Corporación en providencia del 06 de julio de 2017, al advertir de que la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada del 30 de agosto de 2014 constituye un hecho nuevo que no fue objeto de estudio por parte del Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá (archivo “03CdFolio149Audiencia20170706”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:13:14, archivo “10Audiencia20230412”)

El 12 de abril de 2023, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: CONDENAR a la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, al reconocimiento y pago a favor de la señora MARGARITA ROSA LÓPEZ CEDEÑO, la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1993 en un valor correspondiente al monto que venía disfrutado su señor padre, el señor LUIS MARIO LÓPEZ GARCÍA y en el número de mesadas pensionales que venía devengando y la cual se pagara efectivamente a partir del día 10 de octubre del año 2014, en el valor que corresponda para ese 10 de octubre de 2014 ordenando pagar entonces el correspondiente retroactivo, mesadas pensionales causadas desde el 10 de octubre del año 2014 y hasta su momento efectivo de pago con la correspondiente indexación o actualización conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia. **SEGUNDO: ABSOLVER** al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, de las demás pretensiones invocadas específicamente en cuanto a los intereses moratorios, conforme se expuso en la parte motiva. **TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (5) cinco SMMLV para el año 2023. **CUARTO:** Si la presente providencia y dada la naturaleza jurídica de FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE

COLOMBIA si la presente providencia no fuere apelada se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta (...). (sic).

Como sustento de la decisión el Juez indicó que la norma para estudiar el reconocimiento de pensión de sobrevivientes es la vigente en el momento del deceso del causante, esto es, la Ley 33 de 1973 que establece como requisitos la condición de hija, la invalidez o discapacidad y demostrar la dependencia económica. Que con el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido el día 30 de agosto de 2014 por la Junta Regional de Invalidez del Valle del Cauca donde se estableció una PCL del 70,77% se genera una contradicción con el dictamen realizado el 16 de septiembre de 2022 donde se confirmó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral pero cambio la fecha de estructuración al 23 de abril de 1984 bajo el argumento de que la actora ya había cumplido su bachillerato y no había rehabilitación de su enfermedad. Respecto a ello, el *a quo* acogiendo principios de orden constitucional relacionados con la protección especial a las personas con discapacidad y en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia que establece que el operador judicial se podrá apartar de los conceptos de los dictámenes judiciales cuando no se allana a los presupuestos facticos, probatorios y jurídicos, concluyó que en este caso la fecha de estructuración corresponde a los dos años de la demandante cuando presentó poliomielitis, por tratarse de un hecho objetivo, por lo que descartó la fecha fijada por la Junta Nacional, teniendo por acreditada la calidad de persona inválida.

En cuanto a la dependencia dedujo que estaba acreditada ya que la actora desde pequeña dependía económicamente de sus padres y a la fecha del fallecimiento del causante tenía tan sólo 14 años por lo que la misma se presume, motivo por el cual dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 10 de octubre de 2014 fecha en que se tuvo conocimiento de ese nuevo dictamen, en una mesada del 100%, junto con el retroactivo, sin que tenga cabida la excepción de prescripción. Negó los intereses

moratorios y ordenó el pago del retroactivo debidamente indexado hasta que se produzca su pago.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandante solicitó la confirmación de la sentencia. No hubo pronunciamiento de la demandada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **MARGARITA ROSA LÓPEZ CEDEÑO** acredita la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte del pensionado Luis Mario López García (q.e.p.d.).

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* en comunicación del 09 de julio de 1.963 la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia emitió concepto favorable para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor de Luis Mario López García (q.e.p.d.) (pág. 2 y 3, archivo “05CdFolio187ExpedienteAdministrativo”); *ii)* **MARGARITA ROSA LOPEZ CEDEÑO**, hija de Luis Mario López García (q.e.p.d.), nació el 23

de abril de 1963 (pág. 29 a 31, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”); **ii)** Luis Mario López García (q.e.p.d.) falleció el 25 de abril de 1977 (pág. 22, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”); **iii)** mediante Resolución No.2432 del 14 de octubre de 1977, la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció y ordenó pagar a favor de Bárbara Rita Cedeño Vda de López, en su condición de cónyuge supérstite de Luis Mario López García (q.e.p.d.), el 50% de la mesada pensional y el otro 50% a su hijas legítimas María del Rosario y **MARGARITA ROSA LOPEZ CEDEÑO** (pág. 25 y 26, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”) **iv)** el 06 de mayo de 1999 **MARGARITA ROSA LOPEZ CEDEÑO** solicitó la pensión de sobrevivientes en condición de hija inválida (pág. 25 y 26, archivo “05CdFolio187ExpedienteAdministrativo”), petición que fue negada en Resolución No.1483 de 29 de septiembre de 1999, con fundamento en el concepto médico laboral que determinó que la accionante presenta una PCL del 36%, decisión confirmada en Resolución No.1805 del 31 de julio de 2001 (pág. 40 y 41, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”, y pág. 34 y 49 a 52, archivo “05CdFolio187ExpedienteAdministrativo”); **v)** el 12 de abril de 2000, en una nueva valoración realizada por el médico laboralista asesor del Fondo, determinó a la actora una PCL del 45.4% (pág. 34, archivo “05CdFolio187ExpedienteAdministrativo”); **vi)** en comunicación interna del Fondo Pasivo Social del 28 de junio de 2001, se notificó que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cali (sic) le estableció a **MARGARITA ROSA LOPEZ CEDEÑO** una PCL del 70.65%, con fecha de estructuración 23 de abril de 1984 por el diagnóstico de poliomielitis (pág. 48, archivo “05CdFolio187ExpedienteAdministrativo”); **vii)** el 14 de julio de 2003 falleció Bárbara Rita Cedeño Vda de López (pág. 24, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”); **viii)** **MARGARITA ROSA LOPEZ CEDEÑO** instauró demanda laboral con el fin de obtener el reconocimiento pensional, la cual fue asignada al Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante sentencia del 02 de febrero de 2007 negó las pretensiones al no acreditarse la dependencia económica y tener como fecha de estructuración el 23 de abril de 1984,

con posterioridad al deceso del causante, decisión confirmada en segundo grado el 23 de enero de 2009 (pág. 76 a 90, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”); **ix)** el 30 de agosto de 2014 la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca mediante dictamen No. 45500814 calificó a la accionante con una PCL del 70,77% con fecha de estructuración 23 de abril de 1965, por los diagnósticos de *secuelas de poliomielitis, hipertensión esencial, tendinitis aquiliana y osteoporosis en otras enfermedades clasificadas en otra parte* (pág. 34 a 38, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”) **x)** el 11 de mayo de 2015 **MARGARITA ROSA LOPEZ CEDEÑO** realizó nueva solicitud de pensión de sobrevivientes ante la demandada, *petición que fue negada por existir cosa juzgada* (pág. 13 a 20, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”).

- Sobre la pensión de sobrevivientes

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese instante. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el pensionado Luis Mario López García (q.e.p.d.) falleció el 25 de abril de 1977, las normas que regulan el derecho pensional que se reclama en este proceso es la establecida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1973, reglamentado por el Decreto 690 de 1974, que exige como presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes en condición de hijo invalido o discapacitado acreditar la calidad de hijo, el estado de discapacidad o invalidez y la dependencia económica.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se constata que Luis Mario López García (q.e.p.d.) fue pensionado por la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia (*pág. 2 y 3, archivo “05CdFolio187ExpedienteAdministrativo”*) y que falleció el 25 de abril de 1977 (*pág. 22, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”*), es decir, dejó causado el derecho a la sustitución pensional a favor de sus beneficiarios.

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar si **MARGARITA ROSA LÓPEZ CEDEÑO** acredita la calidad de beneficiaria de la referida prestación.

En este caso, la calidad de **MARGARITA ROSA LÓPEZ CEDEÑO** como hija del pensionado fallecido se encuentra acreditada con el registro civil de nacimiento que reposa en el expediente que da cuenta que nació el 23 de abril de 1963 (*pág. 29 a 31, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”*), calidad que fue reconocida en su oportunidad mediante Resolución No.2432 del 14 de octubre de 1977 donde Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoció la sustitución pensional en calidad de hija legítima (*pág. 25 y 26, archivo “01ExpedienteDigitalizadoHastaFolio263”*).

En relación con la dependencia económica es pertinente señalar que de los artículos 253, 257 y 428 del del Código Civil, vigentes a la fecha del fallecimiento del pensionado, se deduce el deber de los padres de sostener y educar a sus hijos mientras sean menores de edad o tengan impedimentos para cubrir sus necesidades básicas.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que para que se cause a favor del hijo inválido el derecho a la pensión de sobrevivientes es necesario que la dependencia económica y la invalidez se padezca al momento del fallecimiento del causante pues no es otro el sentido de la protección que brinda la seguridad social, a quien, debido a esa condición, tiene que soportar el estado de necesidad creado por el deceso de su progenitor, de quien en

ese momento, dependía económicamente. Además, dice la Corte, quien pretenda beneficiarse de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo inválido debe acreditar el parentesco con el causante, la pérdida de capacidad laboral y la dependencia económica, la cual no requiere ser absoluta sino relativa (*SL 2346 de 2020, SL 3348 de 2021, SL 1704 de 2021*).

En el caso resuelto por la Sala, si bien **MARGARITA ROSA LOPEZ CEDEÑO**, hija del causante, no estaba calificada como invalida al momento del fallecimiento de aquel (25 de abril de 1977), su condición médica no era óptima con ocasión de la poliomielitis que sufrió cuando tenía dos años de edad, según la valoración clínica realizada por la junta regional y nacional de calificación de invalidez, lo que es demostrativo que a la fecha del deceso de su padre ya presentaba serios compromisos en su estado de salud.

Por tal razón, cuando la condición de salud que genera la invalidez es de nacimiento o sus síntomas aparecieron con anterioridad al fallecimiento de su progenitor, es indudable que la dependencia económica del hijo respecto del padre se debe presumir, porque la persona requiere, si bien no absoluta, de la concurrencia de los padres para su sostenimiento, quienes tienen el deber de ayuda según el Código Civil, al consagrar el deber de aquellos de sostener a los hijos mientras sean impedidos.

En el presente asunto, es indudable que **MARGARITA ROSA LOPEZ CEDEÑO** acredita el requisito de dependencia económica al momento del fallecimiento de su padre Luis Mario López García (q.e.p.d.) (25 de abril de 1977) no solo por tener 14 años de edad para esa fecha y una afectación grave en su estado de salud, sino porque es una circunstancia que se confirma con las declaraciones de Gloria Inés García Sánchez (*min. 00:15:53, archivo “04CdFolio155Audiencia20180213”*), Rubiela Flor Sarria (*min. 00:28:15, archivo “04CdFolio155Audiencia20180213”*) y Ángel Reinel García Sánchez (*min. 00:42:14, archivo “04CdFolio155Audiencia20180213”*).

Sin embargo, debe recordarse que además de la relación de parentesco y dependencia económica, el hijo que reclame la sustitución pensional debe acreditar que la invalidez fue estructurada con anterioridad al fallecimiento del causante. En tal sentido, nótese que la Ley 33 de 1973 y su decreto reglamentario (Decreto 690 de 1974) no establece el porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral para considerar a una persona inválida, siendo necesario acudir a la regulación general de los trabajadores de las empresas estatales.

Pues bien, el Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, que reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, establece en su artículo 23 que se considera inválido a quien se le determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75 por ciento, aspecto replicado en el artículo 61 del Decreto 1848 de 20 de diciembre de 1969, por el cual se reglamentó el Decreto 3135 de 1968, disposición que resulta plenamente aplicable al presente asunto.

Así, al revisar el expediente ninguno de los dictámenes practicados a la demandante estableció un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75%, exigido en las referidas normas, a la fecha del deceso del causante. El ultimo dictamen realizado el 16 de septiembre de 2022 determinó una pérdida de capacidad laboral de 70,77% (*archivo "07DictamenJunta20220920"*), por tal motivo **MARGARITA ROSA LOPEZ CEDEÑO** no tiene la condición de persona inválida, para fines pensionales, lo que releva a la Sala de determinar si la fecha estructuración se dio antes o después del fallecimiento del pensionado, dado que no se cumplen los presupuestos de causación de la prestación prestacional reclamada.

En un caso similar, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que en virtud de la aplicación inmediata de la ley, los conflictos relacionados con la pensión de sobrevivientes se deben resolver con base en las normas vigentes en la fecha del fallecimiento del pensionado o afiliado, concluyendo que *“no se advierte que el fallador de segundo grado hubiera incurrido en*

“aplicación indebida del artículo 68 (sic) del decreto 1848 de 1969 e interpretación errónea de los artículos 92 ibídem, 1, parágrafo 1º de la Ley 33 de 1973”, como lo señala el impugnante, porque su decisión la fundó en la falta de acreditación de los requisitos legales para la pensión de sobrevivientes, según las preceptivas aplicables en ese momento” (CSJ SL 36.872 de 2010).

Por otra parte, la controversia no es posible definirla acudiendo al principio de favorabilidad, pues no se trata de un conflicto entre normas vigentes (CSJ SL 1730-2022) y tampoco bajo la órbita de la condición más beneficiosa, dado que no hubo un tránsito legislativo y no se generó una expectativa legítima (CSJ SL 2056-2022).

Tampoco tiene aplicación la Ley 100 de 1993, ya que para la fecha en que murió Luis Mario López García (q.e.p.d.) (q.e.p.d.), - recordemos, 25 de abril de 1977-, dicha norma no había entrado en vigor. Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha precisado que la irretroactividad de la ley es un principio universal, que en asuntos del trabajo y de la seguridad social tiene su fuente en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, por razones de seguridad y estabilidad jurídica, las normas sobre trabajo, por ser de orden público, tienen efecto general inmediato y no retroactivo en cuanto no pueden afectar situaciones definidas o consumadas con arreglo a leyes anteriores (CSJ SL2358-2017, SL7781-2017 y SL1673-2020).

Bajo el anterior análisis, no se dan los presupuestos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, motivo por el cual se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absolverá a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en las instancias.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá

remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **MARGARITA ROSA LÓPEZ CEDEÑO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en las instancias.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.18-2022-00023-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra de la sentencia del 12 de abril de 2023 proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones (*min. 42:00, archivo “13AudienciaVirtualSentencia”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

FARIDES DEL CARMEN ARROYO MENDOZA llamó a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** con el fin de que se le reconozca la pensión de jubilación convencional a partir del 1° de abril de 2015, en cuantía equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos tres (03) años de servicio, sobre 14 mesadas anuales, que se le paguen las diferencias entre dicha pensión y la reconocida y pagada por COLPENSIONES, junto con intereses moratorios, bonificación del

artículo 103 convencional, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que trabajó con el Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de abril de 1993 hasta el 30 de marzo de 2015, teniendo la calidad de trabajadora oficial; que nació el 21 de abril de 1963; que COLPENSIONES mediante Resolución SUB9989 del 28 de abril de 2020 le reconoció pensión de vejez, de conformidad con la Ley 797 de 2003, a partir del 21 de abril de 2020, en cuantía inicial de \$1.005.677; que el 03 de marzo de 2021 le solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, entidad que mediante Resolución RDP0019230 del 30 de julio de 2021 le negó la prestación, decisión confirmada en la Resolución RDP027051 del 12 de octubre de 2021 (*pág. 10 a 24, archivo “01DemandaAnexos”*).

• **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó los periodos laborados por la demandante al ISS, la fecha de nacimiento, el reconocimiento pensional realizado por COLPENSIONES, las solicitudes presentadas y los actos administrativos expedidos por la UGPP. Formuló las excepciones de *cobro de lo no debido - inexistencia de la obligación*; prescripción; buena fe; compensación y la genérica o innominada (*pág. 3 a 20, archivo “06ContestacionDemandaUgpp”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*min. 42:00, archivo “13AudienciaVirtualSentencia”*)

El 12 de abril de 2023, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada UGPP de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por la señora FARIDES DEL CARMEN ARROYO MENDOZA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probada las excepciones de *cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación*

*propuesta por la parte demandada, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. **TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante a favor de la parte demandada en la suma de \$100.000. **CUARTO:** Contra la presente decisión sólo procede el recurso de apelación. En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte actora, remítase al superior para que sea surtido en su grado jurisdiccional de consulta (...)*

Como sustento de la decisión el Juez expresó que no hay documental que acredite que la demandante es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo 2001 a 2004, suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social y que el solo hecho de tener una vinculación con el ISS no es suficiente para deducir que la misma se hubiera beneficiado automáticamente de la Convención, sin embargo, precisó que la UGPP no se opuso a esta situación en ninguno de los actos administrativos, por lo que ante dicha circunstancia concluyó que la norma convencional si le era aplicable.

Precisó que pese a que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los requisitos de las convenciones se pueden extender más allá de su vigencia inicial, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso la limitación de algunos derechos del orden convencional con la finalidad de lograr, entre otros, la unificación del sistema general de pensiones, por lo dedujo que solo serán aplicables los derechos convencionales y pensionales de aquellas personas que antes del 31 de julio de 2010 cumplieron la totalidad de los requisitos.

Por tal razón, que la demandante acredita un total de 21 años, 11 meses y 29 días, laborados en el ISS desde el 1° abril de 1993 hasta el 30 de marzo del 2015, por lo que al 31 de julio de 2010 había cumplido 17 años de servicios y los 50 años de edad los reunió el 21 de abril de 2013, motivo por el cual concluyó que la actora no cumple con ninguno de los requisitos previstos en el artículo 98 Convencional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con fin de que se

concedan las pretensiones de la demanda. Adujo que el solo el hecho de tener la calidad de trabajadora oficial del ISS automáticamente la hace merecedora y beneficiaria de la convención colectiva, sin necesidad de afiliación y certificación del sindicato; que no se puede confundir los beneficios pensionales de las prórrogas automáticas de las convenciones colectivas, pues estas no se pueden dar después de 31 de julio del año 2010, mientras que los referidos beneficios derivados de la Convención Colectiva del ISS estuvieron vigentes hasta el año 2017, conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (SL042 de 2023). En tal sentido, solicita se estudie lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU 347 de 2022 y se tenga en cuenta el precedente judicial donde se han reconocido las pensiones de jubilación con tiempo de servicio y edad que se configuraron posterior al 31 de julio de 2010 (*min. 42:53, archivo "13AudienciaVirtualSentencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **UGPP** solicitó se absuelva a esa entidad de todas las pretensiones. Por su parte, la apoderada principal del demandante solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante cumple con los requisitos para causar la pensión de jubilación convencional, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia que: **i) FARIDES DEL CARMEN ARROYO MENDOZA** nació el 21 de abril de 1963 (*pág. 3 y 24, archivo “01DemandaAnexos”*); **ii)** laboró para el ISS desde el 1° de abril de 1993 al 30 de marzo de 2015 como ayudante en calidad de trabajadora oficial (*pág. 26 a 30, archivo “01DemandaAnexos”*); **iii)** entre el extinto Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social SINTRASEGURIDADSOCIAL se suscribió la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004, documento depositado ante el Ministerio de Trabajo el 31 de octubre de 2001 (*pág. 63 a 139, archivo “01DemandaAnexos”*); **iv)** la actora solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión jubilación convencional en escrito del 18 de junio de 2013, entidad que mediante oficio del 12 de agosto de 2013 negó la prestación económica (*pág. 68, 72 y 73, archivo “06ContestacionDemandaUgpp”*), posteriormente reclamó el mismo derecho pensional a la **UGGP** el 03 de marzo de 2021, siendo negada en Resolución RDP019230 del 30 de julio de 2021, acto administrativo confirmado a través de la Resolución RDP027051 del 12 de octubre de 2021 (*pág. 45 a 60, archivo “01DemandaAnexos”*); **v)** y COLPENSIONES mediante Resolución SUB99898 del 28 de abril de 2020, reconoció pensión legal de vejez a la demandante en cuantía de \$1.005.677 a partir del 21 de abril de 2020 (*pág. 34 a 40, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **Aplicación de derechos convencionales pensionales en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.**

Sobre la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005 en asuntos como el presente, considera la Sala que las Convenciones Colectivas de Trabajo que reconocían derechos extralegales en materia pensional, fueron terminadas por mandato de los parágrafos segundo y terceros transitorios del artículo 48 de la Constitución Política. Los derechos pensionales extralegales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de

fundamento normativo, solamente aquellos trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar la pensión tenían un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser tal no podía ser objeto de derogatoria por la expedición de normas posteriores. Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5622-2019.

La enmienda constitucional que incorporó el Acto Legislativo 01 de 2005 rige hoy y se debe aplicar, pues no ha sido excluida de nuestro ordenamiento por la única autoridad que tiene competencia para declarar su ineficacia, esto es, la H. Corte Constitucional.

Ahora bien, frente al alcance del Parágrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2543-2020, precisó lo siguiente:

“Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar aquí y ahora su postura, en el sentido de señalar que en aplicación del parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, cuando la convención colectiva se encuentre surtiendo efectos a la fecha de entrada en vigor la enmienda constitucional -29 de julio de 2005-, cualquiera sea el motivo para ello - en curso de la vigencia inicial pactada por las partes, en curso de alguna de las prórrogas prevista en la ley o en trámite de resolución de conflicto suscitado por denuncia de la convención-, la extinción de las reglas pensionales allí convenidas, solo se producirá al vencimiento de los plazos o de las prórrogas automáticas producidas por mandato del artículo 478 del CST o por la firma de una nueva convención; que en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”

No obstante, dicho órgano de cierre en sentencia SL3635-2020 modificó el criterio definido en la providencia referida en líneas precedentes y en su lugar estableció que los derechos pensionales contenidos en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la

luz del Acto Legislativo 01 de 2005 se regulan por las siguientes pautas:

- a) *“En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*
- b) *Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*
- c) *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.*

En punto a la aplicación y vigencia del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – SINTRASEGURIDADSOCIAL (vigencia 2001-2004), esa alta Corporación, en la citada sentencia, al resolver un asunto de condiciones similares, recordando lo señalado por la misma Sala en las sentencias SL rad. 39808-2011 y SL1409-2015, expresó que las

disposiciones contenidas en dicha norma Convencional, referidas a la pensión de jubilación, tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, pues de conformidad con los artículos 2° y 98 del texto convencional, su vigencia se extiende hasta el año 2017. Esta posición ha sido reiterada en sentencias SL5116-2020, SL2773-2021 y SL4163-2021.

Con todo, al realizar un estudio pormenorizado del contenido del citado artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, para la Sala el párrafo 4° de dicho artículo contempló de manera clara que: *“El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el Sindicato SintraseguridadSocial, donde se constató, que el reconocimiento y pago de las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación”*.

Si bien puede entenderse que en materia de pensiones de jubilación la Convención fijó una vigencia diferente a la contenida en el artículo 2° del mismo texto, lo cierto es que, al realizar una interpretación del citado párrafo, su vigencia extendida solo podría predicarse hasta el 1° de noviembre de 2011, es decir, hasta 10 años después de la entrada en vigor de la convención. Ello es así, en cuanto las mismas partes al establecer el derecho pensional, definieron de manera clara que esta regulación era la consecuencia de un estudio juicioso de que existían las condiciones económicas, financieras, técnicas y actuariales para el reconocimiento y pago de estas prestaciones en un horizonte de 10 años, sin que con ello se afectara la estabilidad económica de la entidad, luego a juicio de la Sala, si las partes intervinientes en el acuerdo que fijó o reguló la existencia de este derecho definieron que éste era producto del estudio realizado, no podría darse a esta norma un alcance distinto al que las mismas partes previeron o limitaron en su estudio.

Por lo anterior, en principio esta Sala en casos de iguales contornos había definido que la convención colectiva mantuvo su vigencia para efectos pensionales, solo para aquellos trabajadores que causaran el derecho antes del 1° de noviembre de 2011, por ser este el alcance que las mismas partes estipularon al definir de manera clara que las condiciones financieras de la entidad permitían reconocer estos derechos hasta en un horizonte de 10 años, limitando así su propia voluntad en cuanto a estos derechos más allá de este lapso.

Sin embargo, atendiendo que varios de los casos definidos por esta Sala aplicando el referido criterio, siendo ponente el mismo magistrado que sustancia la presente providencia, han sido casados en sede extraordinaria¹, en reciente sentencia del 31 de marzo de 2023, radicado 21 2021 00350 01 se revaluó la posición frente a este tipo de asuntos, por lo que a partir de esa decisión se acogió con plenitud la posición reiterada por nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en el sentido de establecer que las reglas pensionales previstas en el artículo 98 del texto Convencional en estudio, extendieron su vigencia hasta el año 2017.

Se resalta que esta interpretación también ha sido acogida por la H. Corte Constitucional, Corporación que en providencia SU-347 de 06 de octubre de 2022 concluyó que de la literalidad de la citada cláusula se extrae que en materia jubилatoria las partes previeron una vigencia posterior a aquella establecida de forma general, pues la misma se extendió hasta el año 2017.

Finalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL042-2023, recordó que en la recomendación aprobada por el Consejo de Administración del Comité de Libertad Sindical de la OIT mediante informe GB.301/8 se indicó que permitir que las normas convencionales de carácter convencional expedidas con antelación al Acto Legislativo 01 de 2005, permanezcan vigentes aun con posterioridad al 31 de julio de 2010, permite una mayor

¹ SL3658-2022 y SL4182-2022.

armonización entre los derechos de asociación, negociación colectiva y libertad sindical, por un lado, y lo preceptuado por el citado Acto Legislativo, además de una mayor sujeción del Estado Social de Derecho Colombiano, al cumplimiento del principio de *Pacta Sunt Servanda*.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero indicar que el ISS fue suprimido mediante Decreto 2013 de 2012. El artículo 27 de la referida disposición, estableció que la UGPP asumiría la administración de los derechos pensionales a cargo del extinto ISS en calidad de empleador a más tardar el 28 de junio de 2013; posteriormente, el Decreto 1388 de 2013 amplió el plazo y se fijó que sería a partir del 28 de septiembre de 2013, finalmente mediante Decreto 3000 de 2013 se estableció que la UGPP asumiría las obligaciones pensionales a cargo del ISS a partir del 28 de febrero de 2014.

De acuerdo con el precedente de la Corte Suprema de Justicia es claro que el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004, suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL tuvo vigencia hasta el año 2017, por ende, procede la Sala a determinar si el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de jubilación reclamada, así:

El artículo 3 de la Convención Colectiva de Trabajo (*pág. 67 y 68, archivo “01DemandaAnexos”*) reza lo siguiente:

*ARTÍCULO 3. BENEFICIARIOS DE LA CONVENCIÓN Serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo los **trabajadores oficiales** vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la*

Seguridad Social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención, según lo previsto en los artículos 37, 38 y subsiguientes del Decreto Ley 2351 de 1965 (Código Sustantivo del Trabajo)... resaltado de la Sala.

A su vez, el artículo 98 del citado acuerdo Convencional (pág. 96, archivo “01DemandaAnexos”) dispuso:

...El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

- (i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*
- (ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
- (iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración;

- a. Asignación básica mensual*
- b. Prima de servicios y vacaciones*
- c. Auxilio de alimentación y transporte*
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados...*

Bajo los anteriores presupuestos, se tiene que **FARIDES DEL CARMEN ARROYO MENDOZA** acredita su calidad de beneficiaria de la Convención Colectiva no sólo por haber tenido la calidad de trabajadora oficial al servicio del Instituto de Seguros Sociales (*pág. 26 y ss., archivo "01DemandaAnexos"*), sino porque la UGPP no demostró que la accionante haya renunciado expresamente a los citados beneficios, pues el artículo 3° Convencional no exige otros requisitos para quienes no estuvieran afiliados a la organización sindical.

La demandante nació el 21 de abril de 1963 (*pág. 3 y 24, archivo "01DemandaAnexos"*) por lo que cumplió los 50 años el mismo día y mes del año 2013; laboró para el ISS desde el 1° de abril de 1993 al 30 de marzo de 2015 (*pág. 26 a 30, archivo "01DemandaAnexos"*), para un total de 22 años laborados, es decir, que **FARIDES DEL CARMEN ARROYO MENDOZA** cumple los requisitos consagrados en el artículo 98 de la aludida Convención Colectiva para acceder a la pensión de jubilación convencional, contrario a lo resuelto por el *a quo*, pues los mismos fueron satisfechos antes de su pérdida de vigencia (31 de diciembre de 2017). En este caso incluso al 1° de abril de 2013 acreditó el requisito de los 20 años de servicios, restándole tan solo el retiro del servicio público y el cumplimiento de la edad para su disfrute. Prestación pensional que resulta compartible con la que le haya sido reconocida o le reconozca el Sistema General de Pensiones, momento a partir del cual la UGPP solo tendrá la obligación de pagar el mayor valor si lo hubiere.

Por lo anterior, le asiste razón a la apelante puesto que el argumento según el cual la vigencia de la Convención Colectiva va solo hasta el 31 de julio de 2010 no es acorde con los actuales lineamientos jurisprudenciales. Además, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que dicha prestación se causa únicamente con el tiempo de servicio siendo la edad un simple requisito de exigibilidad (SL3343-2020, SL5116-2020).

En consecuencia, resulta desacertada la decisión de primera instancia, motivo por el cual se revocará y se accederá al reconocimiento pensional. Teniendo en cuenta que el retiro del servicio se produjo el 30 de marzo de 2015, el disfrute pensional se fijará a partir del 1° de abril del mismo año.

- **Sobre el valor de la primera mesada pensional**

Para liquidar el valor de la mesada pensional se tiene que conforme al numeral *iii* del artículo 98 de la Convención Colectiva² el valor de la pensión corresponde al 100% del IBL de los últimos 3 años de servicio con los factores salariales de *asignación básica mensual, prima de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y transporte, valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras y valor del trabajo en días dominicales y feriados.*

Para su cálculo, se acuden a los valores contenidos en el certificado CETIL No. 202105830053630974940260 del 11 de mayo de 2021 (*pág. 253 a 2258, archivo “06ContestacionDemandaUgpp”*), por lo que procede la Sala a determinar el valor de la mesada pensional, así:

PERIODO	# DÍAS	ASIGNACIÓN BASICA	AUXILIO DE ALIMENTACIÓN	AUXILIO DE TRANSPORTE	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
2012-04	30	\$925.482,00	\$45.744,00	\$67.800,00	\$0,00	\$1.300.494,00	82,47	76,19	1,08	\$2.532.356	\$75.970.684
2012-05	30	\$865.325,00	\$32.021,00	\$47.460,00	\$0,00	\$99.833,00	82,47	76,19	1,08	\$1.130.744	\$33.922.317
2012-06	30	\$323.919,00	\$15.248,00	\$22.600,00	\$724.193,00	\$0,00	82,47	76,19	1,08	\$1.175.471	\$35.264.124
2012-07	30	\$971.756,00	\$45.744,00	\$67.800,00	\$0,00	\$0,00	82,47	76,19	1,08	\$1.174.756	\$35.242.692
2012-08	30	\$971.756,00	\$45.744,00	\$67.800,00	\$0,00	\$0,00	82,47	76,19	1,08	\$1.174.756	\$35.242.692
2012-09	30	\$971.756,00	\$45.744,00	\$67.800,00	\$0,00	\$0,00	82,47	76,19	1,08	\$1.174.756	\$35.242.692
2012-10	30	\$971.756,00	\$45.744,00	\$67.800,00	\$0,00	\$0,00	82,47	76,19	1,08	\$1.174.756	\$35.242.692
2012-11	30	\$971.756,00	\$45.744,00	\$67.800,00	\$0,00	\$0,00	82,47	76,19	1,08	\$1.174.756	\$35.242.692
2012-12	30	\$971.756,00	\$45.744,00	\$67.800,00	\$584.390,00	\$0,00	82,47	76,19	1,08	\$1.807.315	\$54.219.452
2013-01	30	\$971.756,00	\$45.744,00	\$70.500,00	\$0,00	\$0,00	82,47	78,05	1,06	\$1.149.614	\$34.488.415
2013-02	30	\$971.756,00	\$45.744,00	\$70.500,00	\$0,00	\$0,00	82,47	78,05	1,06	\$1.149.614	\$34.488.415
2013-03	30	\$971.756,00	\$45.744,00	\$70.500,00	\$0,00	\$0,00	82,47	78,05	1,06	\$1.149.614	\$34.488.415
2013-04	30	\$971.756,00	\$45.744,00	\$70.500,00	\$0,00	\$1.402.134,00	82,47	78,05	1,06	\$2.631.151	\$78.934.536
2013-05	30	\$421.094,00	\$19.822,00	\$30.550,00	\$0,00	\$0,00	82,47	78,05	1,06	\$498.165	\$14.944.959
2013-06	30	\$702.399,00	\$27.446,00	\$42.300,00	\$754.162,00	\$133.212,00	82,47	78,05	1,06	\$1.753.498	\$52.604.945
2013-07	30	\$995.467,00	\$45.744,00	\$70.500,00	\$0,00	\$0,00	82,47	78,05	1,06	\$1.174.668	\$35.240.028
2013-08	30	\$995.467,00	\$45.744,00	\$70.500,00	\$0,00	\$0,00	82,47	78,05	1,06	\$1.174.668	\$35.240.028
2013-09	30	\$995.467,00	\$45.744,00	\$70.500,00	\$0,00	\$0,00	82,47	78,05	1,06	\$1.174.668	\$35.240.028
2013-10	30	\$995.467,00	\$45.744,00	\$70.500,00	\$0,00	\$0,00	82,47	78,05	1,06	\$1.174.668	\$35.240.028

² Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y el treinta y uno de diciembre de 2016, 100 % del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

PERIODO	# DÍAS	ASIGNACIÓN BASICA	AUXILIO DE ALIMENTACIÓN	AUXILIO DE TRANSPORTE	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
2013-11	30	\$995.467,00	\$45.744,00	\$70.500,00	\$0,00	\$0,00	82,47	78,05	1,06	\$1.174.668	\$35.240.028
2013-12	30	\$995.467,00	\$45.744,00	\$70.500,00	\$606.843,00	\$0,00	82,47	78,05	1,06	\$1.815.876	\$54.476.290
2014-01	30	\$995.467,00	\$46.192,00	\$72.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$1.154.392	\$34.631.771
2014-02	30	\$995.467,00	\$46.192,00	\$72.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$1.154.392	\$34.631.771
2014-03	30	\$995.467,00	\$46.192,00	\$72.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$1.154.392	\$34.631.771
2014-04	30	\$995.467,00	\$46.192,00	\$72.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$1.154.392	\$34.631.771
2014-05	30	\$1.092.032,00	\$46.192,00	\$72.000,00	\$0,00	\$1.466.570,00	82,47	79,56	1,04	\$2.774.701	\$83.241.026
2014-06	30	\$507.390,00	\$23.096,00	\$36.000,00	\$785.126,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$1.401.049	\$42.031.464
2014-07	30	\$507.390,00	\$23.096,00	\$36.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$587.206	\$17.616.177
2014-08	30	\$1.014.780,00	\$46.192,00	\$72.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$1.174.412	\$35.232.353
2014-09	30	\$1.014.780,00	\$46.192,00	\$72.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$1.174.412	\$35.232.353
2014-10	30	\$1.014.780,00	\$45.744,00	\$72.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$1.173.947	\$35.218.422
2014-11	30	\$1.014.780,00	\$45.744,00	\$72.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$1.173.947	\$35.218.422
2014-12	30	\$1.014.780,00	\$45.744,00	\$72.000,00	\$612.375,00	\$0,00	82,47	79,56	1,04	\$1.808.721	\$54.261.622
2015-01	30	\$1.051.921,00	\$45.744,00	\$74.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	82,47	1,00	\$1.171.665	\$35.149.950
2015-02	30	\$1.051.921,00	\$45.744,00	\$74.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	82,47	1,00	\$1.171.665	\$35.149.950
2015-03	30	\$1.051.921,00	\$45.744,00	\$74.000,00	\$0,00	\$0,00	82,47	82,47	1,00	\$1.171.665	\$35.149.950
1080											\$1.438.244.928

VALOR PENSIÓN 2015	\$1.331.708

Conforme con lo anterior, el valor de la primera mesada pensional para el año 2015 equivale a la suma de \$1.331.708, que reajustada, año a año, arroja como mesadas las siguientes sumas:

AÑO	INCREMENTO IPC %	VALOR MESADA
2015		\$1.331.708
2016	6,77	\$1.421.865
2017	5,75	\$1.503.622
2018	4,09	\$1.565.120
2019	3,18	\$1.614.891
2020	3,80	\$1.676.257
2021	1,61	\$1.703.245
2022	5,62	\$1.798.967
2023	13,00	\$2.032.833

Prestación pensional que al haberse causado con posterioridad al 31 de julio de 2011, se reconocerá sobre 13 mesadas anuales. Y adicionalmente, al ser compartible esta prestación con la pensión legal de vejez reconocida por COLPENSIONES en Resolución SUB99898 del 28 de abril de 2020, en cuantía de \$1.005.677 a partir del 21 de abril de 2020 (*pág. 34 a 40, archivo “01DemandaAnexos”*), le corresponde a

la **UGPP** pagar las diferencias pensionales que se generen entre estas dos prestaciones a partir del 21 de abril de 2020.

- Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Frente a los intereses moratorios, la Sala absolverá de esta pretensión por cuanto este concepto solo aplica en tratándose de prestaciones de carácter legal concedidas a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y no en pensiones de jubilación convencionales, como la que aquí se estudia (CSJ SL1681-2020, SL205-2022 SL945-2022, entre otras).

Sin embargo, para efectos de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo, las sumas que cancele la UGPP por concepto de mesadas y diferencias pensionales deberán ser indexadas conforme con el IPC certificado por el DANE, desde la exigibilidad de cada una de ellas hasta que se produzca su pago y el ingreso efectivo en nómina de pensionados.

- Sobre la excepción de prescripción

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez, esto ocurre frente a cada mesada. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se advierte que **FARIDES DEL CARMEN ARROYO MENDOZA** le solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión jubilación convencional en escrito del 18 de junio de 2013, entidad que mediante oficio del 12 de agosto de 2013 negó la prestación económica (*pág. 68, 72 y 73, archivo "06ContestacionDemandaUgpp"*). Por lo tanto, **FARIDES DEL CARMEN ARROYO MENDOZA** tenía plazo para presentar la demanda ordinaria laboral hasta el 12 de agosto de

2016, para evitar que las mesadas pensionales se extinguieran por el paso del tiempo, independiente de la fecha de retiro de la entidad pues si bien esta incide en la fecha del disfrute pensional, lo cierto es que desde antes de la desvinculación del ISS la accionante ya había manifestado la intención de obtener dicho beneficio.

No obstante, la actora radicó nuevamente solicitud de pensión jubilación convencional a la **UGGP** el 03 de marzo de 2021, siendo negada en Resolución RDP019230 del 30 de julio de 2021, acto administrativo confirmado a través de la Resolución RDP027051 del 12 de octubre de 2021 (*pág. 45 a 60, archivo "01DemandaAnexos"*). Siendo ello así, tan sólo con la presentación de la demanda radicada el 20 de enero de 2022 (*02ActaReparto*), se puede tener por válida la interrupción del fenómeno prescriptivo, razón por la cual se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas tres años antes a esa fecha, esto es, las generadas entre el 1° de abril de 2015 y el 20 de enero de 2019, por lo que le corresponde a la UGPP pagar las mesadas pensionales causadas entre el 21 de enero de 2019 al 20 de abril de 2020 y a partir del 21 de abril de 2020 las diferencias pensionales que se generen entre la pensión convencional que se reconoce en esta sentencia y la pensión legal reconocida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Atendiendo a que aún se desconoce la fecha en que la **UGPP** pagará el retroactivo pensional, no es viable su liquidación. Sobre las demás excepciones y por el resultado final del estudio de la presente controversia, se declararán no probadas.

Por otra parte, se autorizará a la accionada **UGPP** para que del retroactivo adeudado descuenta el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Y finalmente, la Sala se releva del estudio de la bonificación convencional reclamada en la demanda, en aplicación del principio de consonancia. En todo caso, se advierte que cualquier acreencia laboral derivada de la convención estaría prescrita.

Sin costas en segunda de instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada y deberán ser tasadas por el *a quo*.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que **FARIDES DEL CARMEN ARROYO MENDOZA** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional de carácter compartida establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001- 2004 suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social SINTRASEGURIDADSOCIAL, a partir del 1° de abril de 2015, en cuantía inicial de \$1.331.708, sobre 13 mesadas anuales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas entre el 1° de abril de 2015 y el 20 de enero de 2019, y no probados los demás medios exceptivos, conforme lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** a pagar a **FARIDES DEL CARMEN ARROYO MENDOZA** las mesadas pensionales causadas entre el 21 de enero de 2019 y el 20 de abril de 2020 y a pagar las diferencias en las mesadas pensionales que se generen entre la pensión convencional y la pensión legal de vejez reconocida por COLPENSIONES, a partir del 21 de abril de 2020, debidamente indexadas conforme con el IPC certificado por el DANE, desde la exigibilidad de cada una de ellas hasta que se haga efectivo el pago de la prestación económica y su inclusión en nómina. Se autoriza a la **UGPP** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo de la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte actora. Tásense.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.20-2022-00378-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 17 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por la demandante y ordenó a la AFP **COLFONDOS** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos por cotizaciones, junto con sus rendimientos y condenó en costas a las demandadas (*min. 01:01:28, enlace archivo "11ActaAudienciaTramiteFallo"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARCELA VILLAMIZAR MARTÍNEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado el 1° de enero de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, y, en

consecuencia, se condene a la AFP demandada a autorizar su traslado y a devolver a **COLPENSIONES** saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 15 de junio de 1967 y realizó cotizaciones al ISS desde el 02 de febrero de 1990 hasta 30 de diciembre de 1998; que un promotor de **COLFONDOS** la visitó en su lugar de trabajo, quien le comunicó y asesoró falsamente sobre los beneficios que obtendría si se trasladaba de régimen pensional y ante la insistencia del asesor suscribió formulario de traslado de régimen pensional a partir del 1° de enero de 1999; que el 27 de junio de 2014 presentó solicitud de afiliación a **COLPENSIONES**, cuando tenía 47 años y 12 días de edad, sobre la cual la entidad guardó silencio; y finalmente que el 18 y 22 de marzo de 2022 solicitó a las demandadas la anulación del traslado y la afiliación a **COLPENSIONES**, recibiendo respuesta negativa (*pág. 1 a 20, archivo “01Expediente digital”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la petición presentada por la accionante y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado*; compensación y pago; inexistencia de la obligación; falta de legitimación de la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al RAIS y ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por **COLFONDOS S.A.** (*pág. 03 a 20, archivo “05ContestacionColfondos”*).

Mediante providencia del 23 de junio de 2023 se tuvo por no contestada la demanda por parte de **COLPENSIONES** (archivo “06AutoTieneNotificadoCitaaudiencia”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:01:28, enlace archivo “11ActaAudienciaTramiteFallo”)

El 17 de julio de 2023, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen de pensiones de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MARCELA VILLAMIZAR MARTÍNEZ a la AFP COLFONDOS el 23 de noviembre de 1998 conforme a las consideraciones de la parte motiva. **SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez vejez y muerte a la administradora COLPENSIONES **TERCERO: ORDENAR** a administradora de fondo de pensiones COLFONDOS devolver los aportes girados a favor de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. **CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra **QUINTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES y a COLFONDOS S.A., tásense por secretaría incluyendo como agencias en derechos una suma equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes pagaderos a cuota aparte. **SEXTO: Sea o no sea apelada la presente decisión,** remítase al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación”.

Como sustento de la decisión, el Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a la administradora de pensiones que realizó la afiliación o traslado allegar

las pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados donde debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y su incidencia en el derecho pensional, es decir que exista asimetría de la información; que constató que la demandante en el interrogatorio nada confesó adicional a lo expresado en el libelo demandatorio y no habían pruebas en el proceso que le permitieran tener un conocimiento real si hubo asesoramiento al momento de la afiliación a **COLFONDOS S.A.**, si fue bueno, adecuado y completo, por lo que dedujo que la demandada faltó al deber de información y no le era permitido realizar el cambio de régimen pensional, declarando ineficaz ese acto jurídico. A pesar de ello, advirtió que no condenaba a gastos de administración por ser rubros que están consagrados en la ley para todos los fondos de pensiones, y en dado caso éstos se compensarían con los rendimientos financieros.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Adujo que se debe revocar la condena en costas debido a que dicha entidad ha sido hasta la fecha un tercero de buena fe que se ha atendido a su impedimento legal efectuado en la Ley 797 de 2003, por la imposibilidad de recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media ante la inminente proximidad de ella para cumplir con el requisito de edad y así acceder a la pensión de vejez; señaló que de lo relatado por la parte actora su determinación de afiliación fue espontánea y libre y en ningún momento se interesó por solicitar información al Instituto de Seguros Sociales y tampoco a Colpensiones en el año 2012, por lo tanto considera que ratificó su ánimo de permanencia y estadía en el RAIS por más de 22 años, motivo por el cual no se han dado esos presupuestos esenciales que llevan o configuran una ineficacia como la concedida (*min. 01:04:10, enlace obrante en el archivo "11ActaAudienciatramitefallo"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandante solicitó la confirmación del fallo de primera instancia

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** del RAIS al RPM mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, la devolución de los gastos de administración, así como la procedencia de la condena en costas en contra de **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en el recurso de

apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MARCELA VILLAMIZAR MARTÍNEZ** nació el 15 de junio de 1967 y se afilió al ISS a partir del 02 de febrero de 1990 (*pág. 42 y 84, archivo “01Expedientedigital”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **COLFONDOS S.A.** el 23 de noviembre de 1998, con efectividad a partir del 1° de enero del año siguiente donde permanece actualmente (*pág. 21 y 22, archivo “05ContestacionColfondos”*);

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones

del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de

diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del

traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado de la DEMANDANTE del RPM al RAIS, **COLFONDOS S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que la razón de trasladarse fue porque era el fondo recomendado por el jefe de gestión humana de la oficina, que no recibió dato alguno del asesor de la AFP y que no había realizado afiliación ni permanecido en otros fondos de pensiones, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben

ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener suma alguna. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución de los

conceptos referidos en precedencia y desconoció la línea jurisprudencial aplicable, se adicionará la sentencia.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a **COLPENSIONES** como actual fondo administrador de las cotizaciones de la demandante, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, validarlos como semanas cotizadas y a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, por lo que se adicionará el alcance de la condena, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Adicionalmente, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Además, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente

pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de pensional de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por MARCELA VILLAMIZAR MARTINEZ, el día 23 de noviembre de 1998, conforme a las consideraciones de la parte motiva*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar a la demandante, sin solución de continuidad, como su afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a recibir de **COLFONDOS S.A.** los valores ordenados y a actualizar la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS** a trasladar a **COLPENSIONES**, además del capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dichos fondos de pensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **COLFONDOS** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARCELA VILLAMIZAR MARTINEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

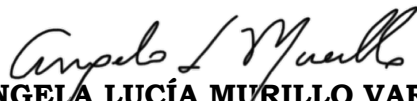
RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2022 00378 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 23-2022-00306-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 29 de junio de 2023, que declaró ineficaz la afiliación o el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 47:14 *archivo "14Audiencia20230629"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 10 archivo "01Demanda").**

ANGEL CUSTODIO ACOSTA CORTES solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 17 de junio de 1963, que se afilió al ISS desde 25 de octubre de 1985 hasta el octubre de 1999, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** para abril de 2000, afiliación que se llevó a cabo de manera sesgada, por lo que nunca fue asesorada por la AFP, quien no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en

contra de sus intereses pensionales. Por lo cual elevó solicitud a las **DEMANDADAS**, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, su afiliación al ISS, la cantidad de semanas cotizadas en el RPM y que el demandante realizó reclamación administrativa y que esta fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad *sui generis*, el error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia de derecho reclamado, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 17 archivo “06ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de prescripción, compensación, restituciones mutuas, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 21 archivos “08ContestacionDemandaPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 47:14 archivo “14Audiencia20230629”).

El 29 de junio de 2023, el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o el traslado del demandante ÁNGEL CUSTODIO ACOSTA CORTE al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo del demandante ÁNGEL CUSTODIO ACOSTA CORTES, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de

*administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al señor ÁNGEL CUSTODIO ACOSTA CORTES, en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. **SEXTO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó la demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, el Juez indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ al revisar el caso no se demostró que **PORVENIR** brindara una información clara, completa, comprensible, veraz y suficiente para haber adoptado el traslado debidamente informado tal y como lo exige la ley, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando que no hay razón alguna para que se condene a esa AFP a devolver las sumas generadas, teniendo en cuenta que corresponden a una obligación de tracto sucesivo por lo que las mismas no entran dentro de los dineros con los cuales se hubiera financiado la prestación pensional del demandante, asimismo, el traslado de dichos dineros

generan un enriquecimiento sin justa causa para **COLPENSIONES**. (Min. 41:01 archivo “22Audiencia05julio2023”).

La demanda **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, argumentando que no se debe declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional dado que, en el curso del proceso se evidencia que al demandante se le brindó la información por parte de la AFP, asimismo, no hay lugar a que el demandante regrese al RPM, ya que este se encuentra inmerso en la prohibición de la ley, consistente en que una persona no puede trasladarse de régimen faltándole menos 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse y la falta de información debió ser probada por la parte actora. (min. 43:08. archivo “14Audiencia20230629”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, el apoderado de **PORVENIR S.A.** pidió revocar el fallo y absolver a la AFP de cada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la sentencia de primera instancia. Por último, la firma **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S** apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Lina María Posada López, identificada con CC. 1.053.800.929 y TP 226.156 CSJ, quien se reconoce como apoderada especial de dicha parte y en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y otros valores, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **ÁNGEL CUSTODIO ACOSTA CORTÉS** nació el 17 de junio de 1963 (Pág. 1 archivo “03Anexos”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al ISS desde 25 de octubre de 1985 hasta el octubre de 1999 (Pág. 48 a 54 archivo “06ContestacionColpensiones”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 01356979 del 12 de abril de 2000, efectivo a partir del 01 de junio de 2000, AFP en la cual permanece vinculado acumulando un total de 1.304 semanas cotizadas a enero de 2001 (Pág. 85 a 148 archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”); *iv)* el **DEMANDANTE** elevó solicitud a **PORVENIR S.A.**, petición que fue negada (Pág. 66 a 76 archivo “03Anexos”); *v)* el **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES**, petición que no fue negada (pág. 87 a 94 archivo “03Anexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación o el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada*

régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no

el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS por políticas de la empresa en la que laboraba y que al momento de dicha afiliación no fue asesorado por ningún personal de la AFP, manifestación que no beneficia a **PORVENIR S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Del mismo modo, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Asimismo, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante **ÁNGEL CUSTODIO ACOSTA CORTÉS** del RPM al RAIS con **PORVENIR S.A.**, a través de formulario de afiliación No. 01356979 del 12 de abril de 2000, efectivo a partir del 01 de junio de 2000.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda

sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

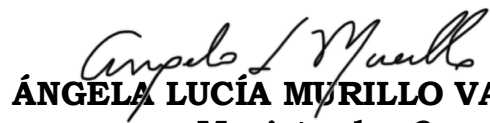
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

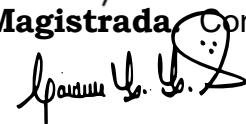
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANGEL CUSTODIO ACOSTA CORTES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

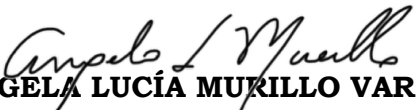
RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2022 00306 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 24-2022-00069-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 17 de julio de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM y ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades (min. 1:33:24 *archivo "18AudioAudiencia"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 5 a 10 archivo "01Demanda").**

ROBERTO FORERO SANTANA solicitó declarar nula su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que se afilió al ISS desde 17 de septiembre de 1980 hasta el 30 de enero de 2006, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** para el año 2006, afiliación que se llevó a cabo de manera sesgada, por lo que nunca fue asesorado por la AFP, quien no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales; que elevó solicitud a las **DEMANDADAS**, petición que fue negada y que para el 01 de abril del 2014 se afilió en la **AFP MODELO** en la ciudad de Santiago de Chile, Chile.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó que el demandante realizó reclamación administrativa y que esta fue negada. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad *sui generis*, el error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia de derecho reclamado, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 25 archivo “09ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de prescripción, compensación, restituciones mutuas, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 23 archivos “07ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:33:24 archivo “18AudioAudiencia”).

El 17 de julio de 2023, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación que hizo el señor ROBERTO FORERO SANTANA al RAIS a través de LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, que se hizo efectivo el 01 de febrero de 2006 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales que el señor ROBERTO FORERO SANTANA 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a trasladar a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor ROBERTO FORERO SANTANA, ello significa que debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes pata el fondo de pensión de garantía mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con sus propias utilidades conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS. **QUINTO:** *En el evento en que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, no interponga recurso de apelación contra la presente decisión remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S (...).*

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó el demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Para resolver, la Juez indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al revisar el caso no se realizó una afiliación libre y voluntaria, pues hubo un incumplimiento en el brindar información clara y completa, para el *a quo* no se acredita que la AFP hubiera satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpone recurso parcial de apelación solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando que no se puede devolver sumas diferentes a las referidas en la ley y condenar a esa AFP representa un enriquecimiento sin causa a favor del afiliado, de **COLPENSIONES** y del Estado; asimismo, argumentó que la indexación es la actualización de la moneda durante el tiempo, por lo que los aportes del actor no han sido afectados sino que han generado un rendimiento (min. 1:25:20 archivo “18AudioAudiencia”).

La demanda **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, considerando que se debe revocar el fallo por cuanto es un tercero de buena fe, asimismo, que la afiliación realizada por el demandante goza de plena validez (min. 1:29:01. archivo “18AudioAudiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S** apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Diana Leonor Torres Aldana, identificada con CC. 1.069.733.703 y TP 235.865 CSJ, quien se reconoce como apoderada especial de dicha parte y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo en primera instancia.

A su turno, el apoderado de **PORVENIR S.A.**, pidió revocar el fallo y absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución por parte de la AFP de otros valores con cargo a sus propios recursos, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **ROBERTO FORERO SANTANA** se afilió al **COLPENSIONES** el 01 de abril de 1993 (Pág. 71 a 78 archivo “*11Expedienteadministrativo*”); **ii)** el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** efectiva a partir del 01 de febrero de 2006, AFP en la que acumula un total de 715 semanas a septiembre de 2022 (Pág. 70 a 87 archivo “*07Contestacionporvenir*”); **iii)** el **DEMANDANTE** elevó solicitud a **PORVENIR S.A.**, petición que fue negada (Pág. 10 a 14 archivo “*01Demanda*”); **iv)** el **DEMANDANTE** elevó solicitud a **COLPENSIONES**, petición que no fue contestada (pág. 15 a 17 archivo “*01Demanda*”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM y ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos debidamente indexado y con cargo a sus propias utilidades. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no

se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la

perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

El **DEMANDANTE** en su interrogatorio manifestó que su traslado al RAIS fue realizado por la empresa donde laboraba y que al momento de dicha afiliación no fue asesorado por ningún personal de la AFP, manifestación que no beneficia a **PORVENIR S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS**, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia

de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Del mismo modo, **COLPENSIONES** tiene la obligación de recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, lo que conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se adicionará la sentencia.

Asimismo, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante **ROBERTO FORERO SANTAMARÍA** del RPM al RAIS con **PORVENIR S.A.**, efectivo a partir del 01 de febrero de 2006.

SEGUNDO; ADICIONAR de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los valores trasladados por **PORVENIR S.A.** e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM, sin solución de continuidad, y a actualizar su historia laboral, una vez reciba todos los dineros que deben reintegrar la **AFP DEMANDADA**.

TERCERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaria de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ROBERTO FORERO SANTANA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

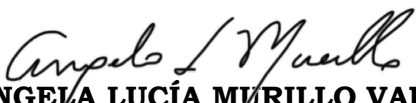
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2022 00069 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 26-2016-00682-01

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del **DEMANDANTE** contra la sentencia proferida el 06 de marzo de 2023 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió al **DEMANDADO** de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la actora (min. 7:35 archivo “18GrabacionAudienciaSentenciaPrimeraInstancia(Virtual)”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA.** (Pág. 4 a 16 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

JAIRO ANDRÉS OLMOS NARVÁEZ (Q.E.P.D.) llamó a juicio al señor **EDGAR STICK CÁRDENAS SANTAMARÍA** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal e indefinido y, en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria y por despido sin justa causa, sanción por el incumplimiento de afiliación a la EPS y caja de compensación familiar, condenas extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho. En subsidio, solicitó condenar al pago de la pensión de invalidez de origen común e indexación.

Con fundamento fáctico, indicó que ingresó a trabajar al servicio del señor **EDGAR STICK CÁRDENAS SANTAMARÍA** desde el 03 de diciembre de 2013 mediante contrato verbal a término indefinido, para desempeñar el cargo de ayudante de turbo y cargador; que las funciones debían ser desempeñadas en Bogotá D.C., en un horario comprendido entre las 10:00 pm hasta las 5.00 am de lunes a domingo, labores que cumplió de manera personal e ininterrumpida por el término de 291 días; que percibió como salario la suma de \$1.000.000. Aseguró, que el 19 de septiembre de 2014 tuvo un accidente jugando fútbol y, para la fecha tenía 26 años, tras el accidente le diagnosticaron múltiples fracturas, por lo que el empleador terminó la relación laboral. Indicó, que se realizó el examen ante la Junta de Calificación de Invalidez del Meta, el cual arrojó un porcentaje de 77.88% de PCL, por lo que era procedente pedir la pensión de invalidez por origen común; sin embargo, por la omisión del empleador de cotizar los aportes en pensión no contaba con las semanas requeridas para hacer dicha solicitud. Aseguró, que durante todo el periodo la empresa no le hizo pagos a seguridad social y tampoco le pagó prestaciones sociales y vacaciones.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 492 a 494 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).**

El Curador *Ad Litem* del señor **EDGAR STICK CÁRDENAS SANTAMARÍA** no se pronunció frente a las pretensiones. Expresó no constarle los hechos y se abstuvo de formular excepciones.

- **SUCESIÓN PROCESAL.**

El señor demandante **JAIRO ANDRÉS OLMOS NARVÁEZ (Q.E.P.D)** conforme al Registro Civil de Defunción No. 8693030 falleció el 30 de enero de 2020 (Pág. 3 archivo “10MemorialRegistroDeDefunción”). En su lugar, la señora **CAROLINA NARVÁEZ VERA**, madre del fallecido, actúa en calidad de sucesora procesal (archivo “13ReprogramaFechaAudiencia”).

II.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 7:35 archivo

“18GrabacionAudienciaSentenciaPrimeraInstancia(Virtual)”

El 06 de marzo de 2023, el Juzgado (26) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER al demandado EDGAR STICK CÁRDENAS SANTAMARÍA de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor JAIRO ANDRÉS OLMOS NARVÁEZ (QEPD), conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte actora, fijándose como agencias en derecho la suma de trescientos mil pesos (\$300.000). TERCERO: En caso que la Sentencia no sea apelada, se remitirá en el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá (...).”

Para resolver la Juez indicó que, conforme a la normatividad aplicable al caso, para que exista un contrato de trabajo debe configurarse la actividad personal del trabajador, la continua subordinación y dependencia del mismo respecto del empleador y un salario como retribución del servicio, con estos elementos surge la relación laboral, independientemente del nombre que se le haya asignado, en virtud del principio de la primacía de la realidad. Asimismo, que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha indicado que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato, implica un traslado de la carga de la prueba al empleador, para desvirtuar dicha presunción debe acreditar ante el juez que lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas del trabajo, por lo que será el juez el que determine el alcance del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad. Dijo que, en el caso bajo estudio solo obra como prueba el dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez del Meta, sin que se acredite por ningún medio la existencia de un vínculo laboral, por lo que absuelve al demandado de todas y cada una de las pretensiones.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa

a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 CPTSS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante demostró haber prestado servicios personales a favor del demandado; en tal caso, verificar los demás elementos de la existencia del contrato de trabajo y la procedencia de las prestaciones económicas reclamadas.

VII. CONSIDERACIONES

- **Acerca del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé, ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior

norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla, acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

La misma Corporación, ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

• CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones.

Pasa entonces la Sala a resolver, siendo relevante considerar que, de conformidad con lo manifestado por la parte actora en su libelo gestor, la relación laboral inició el 03 de diciembre de 2013 y finalizó el 19 de septiembre de 2014, terminación que sucedió con ocasión al despido del demandante. Frente a la modalidad contractual de índole laboral, afirmó el actor, se trató de un contrato verbal a término indefinido, para desempeñarse como Ayudante de Turbo y Cargador; circunstancias todas estas que deben ser objeto de estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, máxime que el accionado se encuentra representado en el presente asunto por defensor de oficio, quien dijo no constarle ninguno de los hechos narrados en la

demanda y manifestó atenerse a lo probado en el transcurso del debate dada su calidad de Curador *Ad Litem*.

Bajo tal óptica, es menester verificar el caso concreto teniendo en cuenta el soporte normativo y jurisprudencial anteriormente referido y así, determinar si en efecto, en el caso de marras existió una relación de índole laboral; en ese sentido, por expresa orden del artículo 167 CGP, aplicable por analogía en materia laboral, se procede al análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos con el propósito de establecer la viabilidad de acceder a las peticiones del demandante.

Al proceso fue aportado el dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez No. 2944 practicado el 29 de abril de 2015 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Meta al señor **JAIRO ANDRÉS OLMOS NARVAEZ (Q.E.P.D.)** en el cual se calificó como de origen común el accidente sufrido por aquel con un 77,55% de PCL (Pág. 17 a 21 archivo “01ExpedienteDigitalizado”) y, el registro de enfermería expedido por el Hospital Universitario de la Samaritana (Pág. 22 a 424 archivo “01ExpedienteDigitalizado”), nada más.

Así las cosas, evaluado el escaso material probatorio recaudado, debe señalarse que la Sala comparte el argumento de la Juez de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó tan siquiera la efectiva prestación personal del servicio por parte del señor **JAIRO ANDRÉS OLMOS NARVÁEZ (Q.E.P.D)** y para con el demandado **EDGAR STICK CÁRDENAS**, de manera que, no resulta dable darse aplicación a la presunción del artículo 24 CST, por las razones que se pasan a explicar.

Para empezar, ninguna documental da cuenta de la invocada prestación personal de los servicios, pues nótese, en este asunto las arrimadas al plenario tan solo hacen relación a la minusvalía de *fractura de vértebra lumbar* que en vida le aquejó al demandante producto de la caída que sufrió el 20 de septiembre de 2014 y la calificación de invalidez que obtuvo por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, resultando evidente que ninguno de tales documentos acreditan la

efectiva prestación del servicio alegada por el actor, ni que se haya desplegado en favor del llamado a juicio, mucho menos que se hubiese desarrollado en los extremos aducidos, y es que en verdad ni siquiera se demostró que el *de cujus* hubiese prestado su servicio a favor del demandando en el horario laboral indicado en el escrito inaugural y a desempeñar el cargo de ayudante de turbo y cargador; iterándose, tales documentos tan solo estuvieron encaminados a demostrar la condición médica del demandante.

En segundo lugar, se destaca que este proceso únicamente cuenta con pruebas de índole documental, en tanto no se recepcionaron interrogatorios de parte, precisamente porque el demandante falleció en el curso del proceso y el demandado fue emplazado con representación de Curador *ad litem*; aunado, la parte actora desistió de los testimonios decretados a su favor (min. 2:47 archivo “18GrabacionAudienciaSentenciaPrimeraInstancia(Virtual)”).

Para concluir, al carecer de material probatorio que hubiese probado que entre las partes existió meramente la prestación personal del servicio, que conllevara a tener por probada la presunción legal que reviste la legislación laboral, establece esta Sala que en el caso objeto de estudio no hay lugar a acceder a la súplica de la parte demandante tendiente obtener la declaratoria de la existencia de la relación laboral, quedando en consecuencia sin vocación de prosperidad las pretensiones condenatorias reclamadas, dado que las mismas derivaban de la declaración de la existencia de una relación laboral, que como se dijo, no fue demostrada.

Así las cosas, se agota la competencia en esta instancia por surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el fallador de primer grado, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia consultada.

Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.