

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LA DIRECCIÓN DE
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN CONTRA NUEVA
E.P.S.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2023 por el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a NUEVA E.P.S. a pagar a favor de la entidad demandante algunas incapacidades médicas, debidamente indexadas, y se le ABSOLVIÓ de las demás pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, la DIRECCIÓN DE ADUANAS E IMPUESTOS NACIONALES - DIAN presentó demanda, la cual fue objeto de reforma, contra LA NUEVA EPS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada a reembolsarle las incapacidades pagadas a favor de sus trabajadores: EDGAR HOMERO ALVARADO ESCALANTE, PRISCILA GUEVARA VANEGAS, SORAYA MARGARITA FLÓREZ CORDÓN, RAÚL FERNANDO ROJAS ARBELÁEZ, LUISA MARINA SALAS YANES, MARITZA ESTHER RETAMOSO MERIÑO, LIDY RINCÓN DE CÁCERES, MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA, MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO y MYRIAM LUZ PERAFÁN LOZANO, junto con los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legalmente permitida por el artículo 4 del Decreto 1281

de 2002 desde el día siguiente a aquel en que se hizo exigible la prestación y hasta que se produzca el pago total, y la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que EDGAR HOMERO ALVARADO ESCALANTE, PRISCILA GUEVARA VANEGAS, SORAYA MARGARITA FLÓREZ CORDÓN, RAÚL FERNANDO ROJAS ARBELÁEZ, LUISA MARINA SALAS YANES, MARITZA ESTHER RETAMOSO MERIÑO, LIDY RINCÓN DE CÁCERES, MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA, MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO y MYRIAM LUZ PERAFÁN LOZANO se desempeñan o desempeñaron como empleados de esa entidad y están afiliados a la NUEVA E.P.S. quien les generó incapacidades por enfermedad general en diferentes periodos, los cuales fueron concedidos por la respectiva Dirección Seccional de la DIAN; sin embargo, al efectuar la reclamación correspondiente, la EPS o no efectuó el reembolso correspondiente o reconoció un valor deficitario, así (ver demanda, subsanación y reforma folios 242 a 264, 269 a 293 y 368 a 398 archivo 01, primera instancia).

TRABAJADOR	PRESTACIÓN	INICIO	FIN	Días	IBC (DIAN)	Valor reconocido DIAN	Valor pagado EPS	Saldo	TIPO DE INCAPACIDAD
EDGAR HOMERO ALVARADO ESCALANTE	INCAPACIDAD TEMPORAL	26/07/2017	2/08/2017	8	\$ 8.560.938	\$ 1.141.458	\$ 793.339	\$ 348.119	INICIAL
PRISCILA GUEVARA VANEGAS	INCAPACIDAD TEMPORAL	25/03/2017	8/04/2017	15	\$ 4.623.392	\$ 1.335.647	\$ -	\$ 1.335.647	INICIAL
SORAYA MARGARITA FLÓREZ CORDÓN	LICENCIA DE MATERNIDAD	18/04/2017	12/09/2017	148	\$ 3.141.852	\$ 15.499.802	\$ 14.519.718	\$ 980.084	INICIAL
RAÚL FERNANDO ROJAS ARBELÁEZ	INCAPACIDAD TEMPORAL	7/02/2017	26/02/2017	20	\$ 6.841.000	\$ 2.921.107	\$ 2.441.022	\$ 480.085	INICIAL
LUISA MARINA SALAS YANES	INCAPACIDAD TEMPORAL	6/09/2017	5/10/2017	30	\$ 4.623.392	\$ 3.082.261	\$ -	\$ 3.082.261	PRORROGA
	INCAPACIDAD TEMPORAL	5/11/2017	24/11/2017	20	\$ 4.623.392	\$ 1.849.357	\$ 1.582.280	\$ 267.077	PRORROGA
MARITZA ESTHER RETAMOSO MERIÑO	INCAPACIDAD TEMPORAL	4/11/2017	3/12/2017	30	\$ 5.175.167	\$ 3.220.104	\$ 2.385.381	\$ 834.723	INICIAL
LIDY RINCÓN DE CÁCERES	INCAPACIDAD TEMPORAL	4/08/2017	13/08/2017	10	\$ 5.322.201	\$ 946.169	\$ 700.901	\$ 245.268	INICIAL
MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA	INCAPACIDAD TEMPORAL	14/02/2017	15/03/2017	30	\$ 6.125.029	\$ 3.811.129	\$ 3.376.243	\$ 434.886	INICIAL
MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO	INCAPACIDAD TEMPORAL	3/07/2016	1/08/2016	30	\$ 3.888.000	\$ 2.505.600	\$ 1.472.511	\$ 1.033.089	INICIAL
	INCAPACIDAD TEMPORAL	17/08/2016	15/09/2016	30	\$ 3.888.000	\$ 1.296.000	\$ 429.582	\$ 866.418	PRORROGA
	INCAPACIDAD TEMPORAL	6/12/2016	25/12/2016	20	\$ 3.693.000	\$ 1.477.200	\$ 1.160.391	\$ 316.809	INICIAL
	INCAPACIDAD TEMPORAL	2/01/2017	31/01/2017	30	\$ 3.693.000	\$ 2.462.000	\$ 2.027.935	\$ 434.065	PRORROGA
MYRIAM LUZ PERAFÁN LOZANO	INCAPACIDAD TEMPORAL	11/12/2016	17/12/2016	7	\$ 5.982.000	\$ 930.533	\$ 673.745	\$ 256.788	PRORROGA
	INCAPACIDAD TEMPORAL	16/12/2017	25/12/2017	10	\$ 6.241.579	\$ 1.109.614	\$ 821.977	\$ 287.637	PRORROGA
	INCAPACIDAD TEMPORAL	26/12/2016	24/01/2017	30	\$ 5.982.000	\$ 3.988.000	\$ 2.887.478	\$ 1.100.522	PRORROGA

Notificada de la demanda y corrido el traslado legal, la NUEVA EPS compareció a través de apoderada judicial. Aceptó los hechos relativos a

la expedición de las incapacidades y la vigencia de la afiliación de los trabajadores para la fecha de su emisión. Los demás los negó o dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que pagó las incapacidades reclamadas, las que liquidó con base en el IBC reportado de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 del Decreto 2236 de 1999, a excepción de la incapacidad otorgada a PRISCILA GUEVARA VANEGAS la cual no reconoció en razón a que no se reunieron los presupuestos legales por cuanto no cotizó un mínimo de cuatro (4) semanas antes del otorgamiento de la incapacidad. Adicionalmente, indica que operó la prescripción respecto de algunas de las incapacidades reclamadas. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación en cabeza de Nueva EPS, incumplimiento del pago mínimo de aportes legalmente exigido para el reconocimiento y pago de la incapacidad por enfermedad general, pago de la obligación y cobro de lo no debido, incumplimiento del procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses, prescripción* y genérica (ver contestación y su subsanación folios a 305 a 348, archivo 01, archivo 04 y archivo 07, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de julio de 2023 mediante la cual el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a NUEVA EPS a liquidar las incapacidades de LUISA MARINA SALAS YANES, MARITZA ESTHER RETAMOSO MERIÑO, LIDY RINCÓN DE CÁCERES, MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA, MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO Y MYRIAN LUZ PERAFÁN LOZANO, conforme lo establecido en el literal d) del artículo 9 del Decreto 770 de 1975, debidamente indexado. Para tomar su decisión y luego de citar las normas que consideró pertinentes al caso, determinó que las incapacidades otorgadas a Edgar Homero Alvarado, Soraya Margarita Flórez, Raúl Medina Báez y Priscila Guevara fueron canceladas a la DIAN conforme lo establecido en el Decreto 770 de 1975, esto es, con el monto del IPC correspondiente al mes anterior a la fecha de inicio de la licencia por incapacidad. Dijo que no operó la prescripción para lo cual tuvo en cuenta la fecha de expedición de las incapacidades y la de presentación de la demanda. Ordenó la indexación para compensar la

pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y negó los intereses moratorios por haber accedido a la indexación.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada NUEVA EPS al reconocimiento y pago de las incapacidades respecto de los señores LUISA MARINA SALAS YANES, MARITZA ESTHER RETAMOSO MERIÑO, LIDY RINCÓN DE CÁCERES, MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA, MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO Y MYRIAN LUZ PERAFÁN LOZANO, las cuales deberán ser liquidados conforme a lo establecido en el presente caso en lo que tiene que ver (sic) conforme a lo establecido en el artículo noveno del Decreto 770 de 1975 literal d) conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión y aplicando para el presente caso lo decidido en este caso, ello es la indexación en la forma y términos como ha quedado establecido, teniendo en cuenta también lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión (sic). SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la parte demandada NUEVA EPS atendiendo también lo indicado por parte de este despacho judicial, lo que tiene que ver que no opera el fenómeno de la prescripción atendiendo lo establecido en la parte motiva de la presente decisión. TERCERO: ABSOLVER a la demandada NUEVA EPS de las demás pretensiones incoadas en la demanda, esto es lo que tiene que ver con intereses moratorios deprecados y lo que tiene que ver con las pretensiones incoadas por los en este caso y en nombre que hace la entidad de Edgar Homero Alvarado Escalante, Soraya Margarita Flórez Córdón, Raúl Medina Báez y Priscila Guevara Vanegas, conforme también a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. CUARTO: Teniendo en cuenta que la parte demandada NUEVA EPS resulta vencida en esta primera instancia será objeto de condena en costas, las cuales serán tasadas en su debida oportunidad, atendiendo lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso aplicable por integración normativa, en virtud del artículo 145, el Código procesal del trabajo y la Seguridad Social.”* (Audiencia virtual, récord 57:13 archivo 13).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de la entidad demandante, pide que se revoque el numeral tercero pues en su criterio el cálculo de la prestación se efectúa teniendo en cuenta el salario base de cotización¹ (Audiencia virtual, récord 59:41 archivo 13).

En el recurso de la NUEVA EPS, aduce que la demandante no probó fehacientemente haber pagado a sus trabajadores las incapacidades que está cobrando, no siendo prueba válida de ello las certificaciones que expide la misma DIAN, y por ello no estaba la entidad legitimada para obtener el reembolso reclamado. De otra parte, sostiene que la sentencia no está condenando a la reliquidación de las incapacidades de los trabajadores, y que la obligación de esa EPS es efectuar el pago de acuerdo con las cotizaciones que realiza la DIAN y no teniendo en cuenta

¹ “Señor Juez, lo único que no se está de acuerdo, única y exclusivamente en lo desfavorable, es decir, con lo establecido en absolver a la parte demandante, según lo dispuesto en el artículo tercero de la parte resolutive, artículo tercero en cuanto a absolver a la NUEVA EPS respecto de los señores Edgar, Flórez, Priscila, las cuatro que establece ese numeral, lo anterior, como la interpretación que tiene la DIAN, la conclusión que lleva al despacho es claramente diferente, las normas legales que regulan lo de las cotizaciones se determina que el mismo se cancela los empleados realizando el cálculo con base en el salario de cotización y no como se ha interpretado en el presente fallo. Para efecto determinante en lo establecido, por supuesto, en el decreto único reglamentario por salud decretos 780 del 2016, que precisamente, puntualmente el ingreso base de cotización para los aportes en salud, por tratarse de un riesgo que se cubre mediante el anticipo que se tomará como base el cálculo de estos, el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior al que se busca cubrirse en el caso. Igualmente, en cuanto al monto de las prestaciones económicas por incapacidad temporal, es diáfano lo establecido en la Ley 770 que determina que el mismo se cancela a los empleados realizando el cálculo con base en el salario base de cotización y no como se ha interpretado respecto al concepto salario. Sobre el particular, el Tribunal de Bogotá, Sala Laboral en proceso 20704, ha señalado que resolver que el presente asunto se transformó en el decreto 1158 del 1994 que modifica el artículo Sexto del 691 de 1994 norma que regula lo relacionado con el ingreso base para calcular cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores el cual establece concretamente el artículo primero, artículo sexto del Decreto 691 de 1944, según se lee puntualmente base de cotización el salario mensual base para calcular la cotización en pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo estará constituido por a) la asignación básica mensual, los gastos de representación la prima técnica, las primas de antigüedad, la remuneración por el trabajo y la bonificación por servicios prestados. De acuerdo a lo anterior, se debe tener entonces que todo pago hecho al empleado no importa el concepto de, hace parte del salario, por lo que se encuentra incorrecto indicar que se incluyen otros factores que no son salariales o adicionales puesto que justamente se limita a los conceptos constitutivos del factor salarial como el presente caso. Por lo anterior, procede el reconocimiento económico de los saldos de incapacidades de las personas establecidas en la parte resolutive del articulado número 3. Así en estos términos dejo planteado entonces el recurso de apelación para los efectos pertinentes”.

un salario variable que no existe, ni emolumentos que no hacen parte del aporte en salud² (Audiencia virtual, récord 1:1:03 archivo 13).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia (i) que EDGAR HOMERO ALVARADO ESCALANTE, PRISCILA GUEVARA VANEGAS, SORAYA MARGARITA FLÓREZ CORDÓN, RAÚL FERNANDO ROJAS ARBELÁEZ, LUISA MARINA SALAS YANES, MARITZA ESTHER

² “Señoría de manera respetuosa y atendiendo a la sentencia por usted proferida me permito manifestar que interpongo, recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en este asunto por las siguientes razones: como primera medida, su señoría, efectivamente el primer tema a tratar es que no está aprobado dentro del presente asunto que la parte demandante haya pagado a los trabajadores de forma directa las incapacidades que está cobrando, o su reliquidación, por tal razón, si bien es cierto se analizó el artículo 28 de la Ley 1438 del 2011, no se realizó el análisis respecto a qué es lo que legitima al empleador para que pague de forma o se le ordene el reembolso de las incapacidades que aduce pagó directamente al trabajador y es así como pues en el fallo de primera instancia se solicita sea revocado por cuanto de las pruebas aportadas al en el presente asunto no existe en ninguna que de forma fehaciente, más que certificaciones emitidas por la propia empresa y que pues de la DIAN y que pues no son prueba de un pago, no existen consignaciones o un recibo de los trabajadores que pues efectivamente se argumente que recibió de forma directa de la DIAN el pago de esas incapacidades. Esto de conformidad a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala laboral SL 2329 2022, radicado 89271, donde el ponente era el doctor Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez en un caso de similar contexto al que nos encontramos y que nos ocupa el día de hoy, pues efectivamente, la Sala de casación laboral, pues dio el análisis de lo que se debe y de lo que legitima al empleador para que pueda recobrar a la EPS el pago de los subsidios de incapacidad que supuestamente Pago y en dicho fallo lo que se dice es que como no puse prueba el pago directo a los trabajadores, pues efectivamente no hay lugar a casar la sentencia y por lo tanto, pues debe de mantenerse la decisión de absolver de todas las pretensiones de demanda tanto a la Nueva EPS como a las AFP y demás vinculadas en el presente en ese asunto. Por lo anterior solicito a la honorable sala quien sentencia cargo tránsito a cosa juzgada se revoque el fallo de primera instancia, por cuanto, como ya lo dije, las pruebas documentales si bien es cierto, no están siendo tachadas de falsas ni se desconoce porque no es el objetivo que tuvo la EPS el objetivo de este recurso, lo que se está argumentando es que, si bien es cierto, se están aportando unos documentos, ninguno de esa prueba el pago por parte del empleador, en este caso la DIAN a sus trabajadores. Ese es el primer punto por el cual pues solicito se revoque la sentencia de primera instancia. Ahora bien, el segundo punto al cual no me encuentro de acuerdo con la presente fallo está providencia es que de ninguna manera se está condenando a la reliquidación de unas incapacidades de los trabajadores mencionados y a los que pues fue condenada la Nueva EPS y esto es en razón a que pues efectivamente existen pruebas en las que se aportaron por parte de la Nueva EPS las cotizaciones que realizó la DIAN y es un punto muy importante porque bajo ese entendido es que Nueva EPS paga las incapacidades y respecto a las reliquidaciones se debe tener en cuenta que la Nueva EPS no paga sino con porque pues está argumentando que con salario variable, cuando no es salario variable, simplemente es que en unas fechas recibe unos pagos diferentes, razón por la cual, pues al pagarse las incapacidades objeto de pretensiones de esta demanda, pues efectivamente se hace son con los aportes o con las cotizaciones que realiza la DIAN a sus trabajadores y no, pues como se argumentó en el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta, pues he emolumentos que pues realmente no son aportes a salud, por tal razón, también solicitó sea revocada la sentencia de primera instancia en esos dos sentidos. Que así sustentado mi recurso de apelación”.

RETAMOSO MERIÑO, LIDY RINCÓN DE CÁCERES, MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA, MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO y MYRIAM LUZ PERAFÁN LOZANO están o estuvieron afiliados al sistema integral de seguridad social en salud a través de NUEVA EPS, y que son o fueron empleados de la DIAN, así:

TRABAJADOR	ÚLTIMO CARGO	INICIO	FIN	PRUEBA
EDGAR HOMERO ALVARADO ESCALANTE	GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 1	22/06/1994	ACTUALMENTE	F.23 A01
PRISCILA GUEVARA VANEGAS	GESTOR II CODIGO 302 GRADO 2	27/01/2017	ACTUALMENTE	F.43 A01
SORAYA MARGARITA FLÓREZ CORDÓN	ANALISTA III CODIGO 203 GRADO 3	22/01/2018	ACTUALMENTE	F.134 A01
RAÚL FERNANDO ROJAS ARBELÁEZ	GESTOR III CODIGO 303 GRADO 3	16/01/1995	ACTUALMENTE	F.156 A02
LUISA MARINA SALAS YANES	GESTOR II CODIGO 302 GRADO 2	1/07/2016	ACTUALMENTE	F.176 A02
MARITZA ESTHER RETAMOSO MERIÑO	ANALISTA IV CODIGO 204 GRADO 4	20/01/1973	ACTUALMENTE	F.200 A02
LIDY RINCÓN DE CÁCERES	GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 1	22/01/2018	ACTUALMENTE	F.217 A02
MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA	GESTOR III CODIGO 303 GRADO 3	11/12/1992	ACTUALMENTE	F.238 A02
MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO	FACILITADOR III CODIGO 10303 Y GRADO 2	15/12/1980	30/06/2017	F.288 A02
MYRIAM LUZ PERAFÁN LOZANO	ANALISTA V CODIGO 205 GRADO 4	4/11/2008	ACTUALMENTE	F.321 A02

Tampoco se controvirtió que frente a los anteriores trabajadores, NUEVA EPS emitió las siguientes incapacidades:

Trabajador	Inicio	Fin	Tipo Prestación	Días	Tipo de Incapacidad	Prueba
EDGAR HOMERO ALVARADO ESCALANTE	26/07/2017	2/08/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	8	INICIAL	F.21 A1
PRISCILA GUEVARA VANEGAS	25/03/2017	8/04/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	15	INICIAL	F.41, 48 A1
SORAYA MARGARITA FLÓREZ CORDÓN	18/04/2017	12/09/2017	LICENCIA DE MATERNIDAD	148	INICIAL	F.132 A1
RAÚL FERNANDO ROJAS ARBELÁEZ	7/02/2017	26/02/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	20	INICIAL	F.154 A2
LUISA MARINA SALAS YANES	6/09/2017	5/10/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	30	PRÓRROGA	F.172 A2
	5/11/2017	24/11/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	20	PRÓRROGA	F.173 A2
MARITZA ESTHER RETAMOSO MERIÑO	4/11/2017	3/12/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	30	INICIAL	F.198 A2
LIDY RINCÓN DE CÁCERES	4/08/2017	13/08/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	10	INICIAL	F.215 A2

MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA	14/02/2017	15/03/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	30	INICIAL	F.234 A2
MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO	3/07/2016	1/08/2016	INCAPACIDAD TEMPORAL	30	INICIAL	F.310 A2
	17/08/2016	15/09/2016	INCAPACIDAD TEMPORAL	30	PRÓRROGA	F.314 A2
	6/12/2016	25/12/2016	INCAPACIDAD TEMPORAL	20	INICIAL	F.211 A2
	2/01/2017	31/01/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	30	PRÓRROGA	F.284 A2
MYRIAM LUZ PERAFÁN LOZANO	11/12/2016	17/12/2016	INCAPACIDAD TEMPORAL	7	PRÓRROGA	F.325 A2
	16/12/2017	25/12/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	10	INICIAL	F.319 A2
	26/12/2016	24/01/2017	INCAPACIDAD TEMPORAL	30	PRÓRROGA	F.325 A2

En consonancia con los recursos de apelación (artículo 66 A del C.P.T), el Tribunal debe estudiar (i) si la DIAN acreditó el pago de las incapacidades reclamadas a favor sus trabajadores; y de ser ello así ii) si procede el pago o reliquidación de las incapacidades otorgadas a LUISA MARINA SALAS YANES, MARITZA ESTHER RETAMOSO MERIÑO, LIDY RINCÓN DE CÁCERES, MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA, MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO, MYRIAM LUZ PERAFÁN LOZANO, EDGAR HOMERO ALVARADO ESCALANTE, PRISCILA GUEVARA VANEGAS, SORAYA MARGARITA FLÓREZ CORDÓN, RAÚL FERNANDO ROJAS ARBELÁEZ, RAFAEL MEDINA BÁEZ a cargo de la EPS demandada.

i) PROCEDENCIA DEL REEMBOLSO: Aunque en el recurso la EPS alega que la entidad demandante no probó haber efectuado el pago de las incapacidades respecto de las cuales ahora persigue el reembolso a favor de sus trabajadores, lo cierto es que dicha cuestión no fue discutida por la EPS a lo largo del proceso, por lo que pronunciarse sobre este aspecto en esta etapa, iría en contra del principio de congruencia y vulneraría el debido proceso de la entidad demandante.

No obstante, y a efectos de disipar cualquier duda sobre el particular, encuentra esta Corporación que en el expediente está demostrado que la DIAN pagó a favor de EDGAR HOMERO ALVARADO ESCALANTE, PRISCILA GUEVARA VANEGAS, SORAYA MARGARITA FLÓREZ CORDÓN, RAÚL FERNANDO ROJAS ARBELÁEZ, LUISA MARINA SALAS YANES, MARITZA ESTHER RETAMOSO MERIÑO, LIDY

RINCÓN DE CÁCERES, MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA, MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO y MYRIAM LUZ PERAFÁN LOZANO el valor de las incapacidades que le fueron emitidas a cada uno de ellos por NUEVA EPS, cuyo monto ahora persigue le sea reembolsado.

Ello se constata de los desprendibles de nómina que militan a folios 24, 44 a 46, 135 a 141 del archivo 01 y 157-158, 177 a 180, 201 a 203, 218 a 219, 240 a 245, 290 a 294 y 322 a 323 del archivo 02, en los que figura el concepto “ajustes licencia enfermedad” que, sumados, arrojan el valor total pagado por la incapacidad respectiva.

En esta situación resulta procedente para la DIAN procurar el reembolso de las incapacidades pagadas a cargo de la demandada, por encontrarse los trabajadores afiliados a esa EPS, máxime cuando NUEVA EPS no discute el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999³ sobre la procedencia del reembolso.

³ “**ARTÍCULO 21. Reconocimiento y pago de licencias.** Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de qué trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

Esta disposición comenzará a regir a partir del 1 de abril del año 2000.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

ii) INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LAS INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD GENERAL Y DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD: El artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 780 de 2016 dispone: “(...) *para el reconocimiento y pago de la incapacidad de origen común y sus prórrogas, se tomará como Ingreso Base de Cotización el reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la incapacidad inicial, no el de las prórrogas*”, y tratándose de servidores públicos, el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto 1833 del 2016⁴ define los ingresos que integran la base de cotización, a saber: “(...) 1. *La asignación básica mensual. 2. Los gastos de representación. 3. La prima técnica, cuando sea factor de salario. 4. Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario. 5. La remuneración por trabajo dominical o festivo. 6. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna. 7. La bonificación por servicios prestados.*”

Para el cálculo de las prestaciones a cargo del sistema general de seguridad social en salud se debe tener en cuenta además que “(...) *por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los*

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.

5. Derogado por el art. 20. Decreto Nacional 783 de 2000. No tratarse de incapacidad generada por la atención de una exclusión del Plan Obligatorio de Salud o las complicaciones de dichas exclusiones, conforme las disposiciones legales”

⁴ Compila el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994.

En línea con ello, la incapacidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en salud se liquida con el salario sobre el cual se efectuó la cotización al margen de lo efectivamente *devengado* por el servidor, incluso frente a licencias de maternidad, para las que el artículo 2.2.3.2.18 del Decreto 780 de 2016 establece: “*El reconocimiento y pago de las licencias que trata este Título se realizará sobre el ingreso base de cotización reportado al momento de iniciar estas, entendiendo por inicio, el reportado en día uno (1) de la licencia*”

Al respecto, en el expediente se acreditó que la EPS demandada adeuda a la demandante la suma de \$5.757.663 por la incapacidad otorgada a PRISCILA GUEVARA VANEGAS -frente a la cual no se demostró el pago- y las diferencias generadas por el pago deficitario de las incapacidades otorgadas a LUISA MARINA SALAS YANES, MARÍA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA, MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO y MIRIAM LUZ PARAFÁN LOZANO, en las fechas y valores que se detallan a continuación:

TRABAJADOR	Inicio	Fin	Días	Tipo de Incapacidad	Valor IBC DIAN	reconocido DIAN	IBC EPS	Valor pagado EPS	Prueba	IBC Probado	Prueba	Días a cargo de la EP	Valor Incapacidad Liquidada	Saldo Real.	OBSERVACION
PRISCILA GUEVARA VANEGAS	25/03/2017	8/04/2017	15	INICIAL	\$ 4.623.392	\$ 1.335.647	N/A	\$ -	N/A	\$ 4.327.500	F.62 A01	13	\$ 1.250.167	\$ 1.250.167	
LUISA MARINA SALAS YANES	5/11/2017	24/11/2017	20	PRORROGA	\$ 4.623.392	\$ 1.849.357	\$ 3.955.589	\$ 1.582.280	F.183 A2	\$ 4.623.392	F.191 A02	20	\$ 2.054.841	\$ 472.561	
MARIA EMILIA MARQUEZ CHIA	14/02/2017	15/03/2017	30	INICIAL	\$ 6.125.029	\$ 3.811.129	\$ 5.425.833	\$ 3.376.243	F.248 A2	\$ 6.841.000	F.274 A02	28	\$ 4.256.622	\$ 680.379	
MARTHA FELISA AGUDELO ORRIGO	3/07/2016	1/08/2016	30	INICIAL	\$ 3.888.000	\$ 2.505.600	No probó	\$ 1.472.511	Confesión dte	\$ 3.888.000	F.308 A02	28	\$ 2.419.200	\$ 946.689	
	17/08/2016	15/09/2016	30	PRORROGA	\$ 3.888.000	\$ 1.296.000	No probó	\$ 429.582	Confesión dte	\$ 3.888.000	F.308 A02	30	\$ 2.592.000	\$ 2.162.418	
MYRIAM LUZ PERAFÁN LOZANO	11/12/2016	17/12/2016	7	PRORROGA	\$ 5.982.000	\$ 930.533	\$ 4.331.000	\$ 673.745	F.325 A2	\$ 4.623.392	F.339 A02	7	\$ 719.194	\$ 45.449	Inicio de la 8-12-2016 F.325 A02
TOTAL														\$ 5.757.663	

Respecto de las restantes incapacidades reclamadas en la demanda -tal como fue reformada- se demostró que NUEVA EPS las liquidó y pagó correctamente, y por ello no generan saldo alguno a favor de la demandante. Se detallan a continuación:

TRABAJADOR	Inicio	Fin	Días	Tipo de Incapacidad	IBC DIAN	Valor reconocido DIAN	IBC EPS	Valor pagado EPS	Prueba	IBC Probado	Prueba	Días a cargo de la EP	Valor Incapacidad Liquidada	Saldo Real	OBSERVACIÓN
EDGAR HOMERO ALVARADO ESCALANTE	26/07/2017	2/08/2017	8	INICIAL	\$ 8.560.938	\$ 1.141.458	\$ 5.949.743	\$ 793.339	F.26 A1	\$ 5.949.743	F.39, 361 A01	6	\$ 793.299	\$ 40	
RAUL FERNANDO ROJAS ARBELAEZ	7/02/2017	26/02/2017	20	INICIAL	\$ 6.841.000	\$ 2.921.107	\$ 6.102.250	\$ 2.441.022	F.161 A2	\$ 5.068.000	F.166 A02	18	\$ 2.027.200	\$ 413.822	
LUSA MARINA SALAS YANES	6/09/2017	5/10/2017	30	PRORROGA	\$ 4.623.392	\$ 3.082.261	\$ 4.623.392	\$ 3.082.415	F.183 A2	\$ 4.623.392	F.191 A02	30	\$ 3.082.261	\$ 154	Inicio de la incapacidad 16-B-2017 F.192 A02
MARITZA ESTHER RETAMOSO MERINO	4/11/2017	3/12/2017	30	INICIAL	\$ 5.175.167	\$ 3.220.104	\$ 3.833.457	\$ 2.385.381	F.205 A2	\$ 3.833.457	F.209 A02	28	\$ 2.385.262	\$ 119	
LOYD RICON DE CACERES	4/08/2017	13/08/2017	10	INICIAL	\$ 5.322.201	\$ 946.169	\$ 3.942.371	\$ 700.901	F.221 A2	\$ 3.942.371	F.227 A02	8	\$ 700.866	\$ 35	
MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO	6/12/2016	25/12/2016	20	INICIAL	\$ 3.693.000	\$ 1.477.200	No probó	\$ 1.160.391	Confesión dte	\$ 2.789.000	F.308 A02	18	\$ 1.115.600	\$ 44.791	
	2/01/2017	31/01/2017	30	PRORROGA	\$ 3.693.000	\$ 2.462.000	No probó	\$ 2.027.935	Confesión dte	\$ 2.789.000	F.308 A02	30	\$ 1.859.333	\$ 168.602	
MYRAM LUZ PERAFAN LOZANO	16/12/2017	25/12/2017	10	INICIAL	\$ 6.241.579	\$ 1.109.614	\$ 4.623.392	\$ 821.977	F.325 A2	\$ 4.623.392	F.339 A02	8	\$ 821.936	\$ 41	
	26/12/2016	24/01/2017	30	PRORROGA	\$ 5.982.000	\$ 3.988.000	\$ 4.331.000	\$ 2.887.478	F.235 A2	\$ 4.623.392	F.339 A02	28	\$ 2.876.777	\$ 10.701	

Para efectuar los cálculos de estas incapacidades la Sala tuvo en cuenta el ingreso base de cotización del mes anterior al inicio de cada incapacidad que la empleadora reportó al sistema de seguridad social en salud a través de las planillas de liquidación de aportes y que correspondía al periodo indicado en la casilla “*periodo servicios*”. Ello, atendiendo la anticipación del pago de los aportes y por ser consistente el valor ahí indicado con el que consta en las certificaciones de aportes expedidas por NUEVA EPS.

Adicionalmente, se tuvo en cuenta que el auxilio corresponde a las 2/3 partes del salario (66,67% - artículo 227 del C.S.T)⁵, y únicamente los días que están a cargo del sistema. Según el ordenamiento jurídico, en incapacidades derivadas de enfermedades de *origen común* el pago se debe hacer: i) por el empleador durante los primeros 2 días (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013)⁶; ii) por la entidad prestadora de salud (EPS) a la cual se encuentre afiliado el cotizante los días siguientes hasta el

⁵ “Artículo ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.”

⁶ Antes de la entrada en vigencia de esta disposición, los tres primeros días de incapacidad estaban a cargo del empleador.

180 de incapacidad (artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012)⁷. Lo anterior, siempre y cuando se trate de incapacidades prorrogadas o ininterrumpidas, es decir, *“la que se expiden con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario”* (ver Resolución 2266 de 1998 del ISS, artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1333 de 2018 y sentencias de la Corte Constitucional T-263 de 2012 y T-364 de 2016).

Vale la pena indicar que no es posible trasladar a la EPS la carga de cubrir una prestación económica respecto de montos sobre los que no se hicieron aportes al sistema de salud, y es por ello que, cuando el empleador persigue el reembolso solo se puede tener en cuenta el ingreso base de cotización correspondiente.

Por otra parte, y en lo que respecta a la licencia de maternidad reconocida a SORAYA MARGARITA FLÓREZ CORDÓN, encuentra la Sala que esta prestación también fue liquidada de manera incorrecta por la EPS, por lo que debe proceder a su reliquidación. Sobre este asunto, se tiene de acuerdo con el reporte de pago de aportes, que para el 18 de abril de 2017 -fecha de inicio de la licencia de maternidad- la trabajadora

⁷ *“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por el término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.*

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

había reportado una base de cotización de \$3.141.851 (folio 148, archivo 01), por ello la licencia ascendía a \$15.549.137 y no a \$14.519.718 que fue la suma que reconoció la demandada. En ese orden de ideas es claro que la EPS adeuda \$1.029.419 a la entidad demandante por la diferencia en este concepto.

TRABAJADOR	Inicio	Fin	Días	Tipo de Incapacidad	IBC DIAN	Valor reconocido DIAN	IBC EPS	Valor pagado EPS	Prueba	IBC Probado	Prueba	Días a cargo de la EPS	Valor Incapacidad Liquidada	Saldo Real
SORAYA MARGARITA FLOREZ GORDON	18/04/2017	12/09/2017	148	LICENCIA DE MATERNIDAD	\$ 3.141.852	\$ 15.499.802	\$ 2.943.186	\$ 14.519.718	F.143 A1	\$ 3.151.852	F.148 A01	148	\$ 15.549.137	\$ 1.029.419

Finalmente, si bien en el numeral tercero de la sentencia de primera instancia -cuya revocatoria pretende la parte demandante en el recurso- se incluyó la absolución por la prestación reconocida a RAÚL MEDINA BÁEZ, lo cierto es que la pretensión dirigida a obtener el reembolso por el pago de la incapacidad que se le otorgó a este trabajador fue excluida de la demanda al momento de ser reformada; de allí que no resulte viable ningún estudio sobre ese particular.

En los anteriores términos entonces, se modificará el fallo apelado para disponer, en la forma antes dicha, el pago de las incapacidades y de la licencia de maternidad respecto de la cual versa la solicitud de reembolso, cuyos valores resultaron a favor de la entidad demandante.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

- 1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral primero de la sentencia de primera instancia y, su lugar, **CONDENAR** a NUEVA EPS a pagar debidamente indexado a favor de la DIAN: i) la suma de **\$5.757.663**, como valor total adeudado por el reembolso de las incapacidades otorgadas a favor de PRISCILA GUEVARA VANEGAS, LUISA MARINA SALAS YANES, MARIA EMILIA MÁRQUEZ CHÍA, MARTHA FELISA AGUDELO ORREGO y

MYRIAM LUZ PERAFÁN LOZANO en las fechas indicadas en la parte motiva de esta providencia; y ii) la suma de **\$1.029.419** por concepto de diferencia de la licencia de maternidad otorgada a SORAYA MARGARITA FLÓREZ CORDÓN.

2. **REVOCAR** parcialmente el numeral tercero para ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE RICARDO MALAQUÍAS CERVANTES
AGREZZOTT CONTRA ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS - ESIMED
S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia dictada el 14 de abril de 2023 por el Juez Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 31 de diciembre de 2015 y el 16 de septiembre del año 2018, y se condenó a la demandada a pagar salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías y moratoria, ordenó el reembolso de aportes a seguridad social, y absolvió de las demás pretensiones.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, RICARDO MALAQUÍAS CERVANTES AGREZZOTT presentó demanda contra ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS - ESIMED S.A., para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido desde diciembre de 2005 hasta el 16 de septiembre de 2018 en desarrollo del cual prestó servicios como médico pediatra en la sede de la Clínica Materno Infantil y en la Clínica Veraguas, contrato que terminó con justa causa por falta de pago de salarios de los meses transcurridos entre mayo y septiembre de 2018. Pide que se declare sustitución patronal de la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP a la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS SA - ESIMED S.A. y se le condene al pago de los salarios causados, prestaciones

sociales, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria y aportes a seguridad social, condenas que se deben liquidar con base salarial de \$9.639.500 que fue el promedio de lo causado en los últimos 4 meses del contrato. En caso de no declararse la sustitución patronal, pide subsidiariamente que se declare la existencia del contrato realidad a término indefinido con la demandada ESIMED S.A. entre el 6 de noviembre de 2015 y el 16 de septiembre de 2018.

Como fundamento de lo pedido, afirma que se vinculó con la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP en diciembre del año 2005 como médico pediatra en la sede de la CLÍNICA MATERNO INFANTIL y trabajó en unidades neonatales, salas de parto y cesáreas, labores que desarrolló hasta el 16 de septiembre de 2018. Desde el 6 de noviembre de 2015 los servicios se prestaron en favor de la demandada ESIMED por sustitución patronal. Informa que la vinculación se hizo mediante contratos de prestación de servicios profesionales sucesivos sin interrupción, recibía pagos mensuales, cumplía horarios, y tenía jefes que le daban órdenes de trabajo. Las labores las ejecutaba de manera personal y subordinada con elementos de trabajo que suministraba el empleador. El 16 de septiembre de 2018 presentó escrito de terminación unilateral del contrato por incumplimiento de las obligaciones del empleador pues le adeuda la retribución de los meses transcurridos entre mayo y septiembre de 2018 y las prestaciones sociales causadas que no le fueron pagadas. Afirma que presentó reclamación ante ESIMED S.A. y el 9 de noviembre de 2018 recibió respuesta en la que se reconocieron las obligaciones, pero por la situación financiera le indicaron que no era posible hacer el pago (ver demanda y su subsanación en folios 34 a 80 y 284 a 292 archivo 10).

Pese a haber sido notificada en debida forma, la demandada ESIMED S.A. dentro del término de traslado guardó silencio, razón por la cual, mediante auto del 12 de septiembre de 2022 se tuvo por no contestada la demanda (ver archivo 06).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de abril de 2023, en la cual el Juez Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo realidad a término indefinido entre el 31 de diciembre de 2015 y el 16 de septiembre de 2018 que finalizó por renuncia voluntaria del trabajador, en consecuencia, ordenó el pago de salarios, prestaciones sociales, reembolso de aportes al sistema de seguridad social, indemnización

por no consignación de cesantías, moratoria, y absolvió de las demás pretensiones. Para tomar la decisión tuvo en cuenta que el demandante elevó pretensiones únicamente en contra de ESIMED S.A. y no vinculó a SALUCOOP al proceso, razón por la cual declaró la existencia de relación laboral únicamente con ESIMED. Frente a la sustitución patronal no evidenció un acuerdo de sustitución patronal respecto de los trabajadores de SALUDCOOP, por lo que limitó su estudio a la relación de trabajo con la demandada ESIMED S.A. Concluyó de las pruebas allegadas que el contrato de trabajo tuvo como extremo inicial el último día del mes de diciembre de 2015, y como fecha final la consignada en la carta de renuncia, esto es, el 16 de septiembre de 2018; ante la falta de prueba del salario devengado estableció el mismo en el mínimo legal vigente. Señaló que no hubo un despido indirecto pues la carta de renuncia motivada no se dirigió al empleador, ni se acreditó que hubiera sido recibida por él. Ordenó el pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones por falta de prueba de su pago, y frente a los aportes al sistema de seguridad social que fueron pagados por el demandante ordenó el reembolso de las sumas en el porcentaje que le correspondía al empleador. Impuso condena a sanción por no consignación de cesantías al no haberse acreditado la consignación de la prestación, y de sanción moratoria a partir del 17 de septiembre de 2018 hasta que se verifique su pago pues no encontró acreditado un actuar de buena fe, y absolvió de la indexación.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante RICARDO MALAQUÍAS CERVANTES AGREZZOTT y la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED S.A, existió un contrato de trabajo realidad a término indefinido que inició el 31 de diciembre del año 2015 y finalizó el 16 de septiembre del año 2018, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A. en favor del demandante RICARDO MALAQUÍAS CERVANTES AGREZZOTT al pago de \$3.541.630, por concepto de salarios por el período comprendido entre el 01 de mayo al 16 de septiembre del año 2018, todo conforme a la parte considerativa. ARTÍCULO TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante las sumas y conceptos que a continuación se relacionan, por concepto de auxilio de cesantías la suma de \$1.993.460, por concepto de intereses sobre las cesantías la suma de \$218.687, por concepto de primas*

de servicios la suma de \$1.993.460, por concepto de indemnización por vacaciones la suma de \$1.060.101. ARTÍCULO CUARTO: CONDENAR a la demandada en favor del demandante a rembolsar el valor de los pagos al aporte de seguridad social en salud en el porcentaje que corresponde al aporte patronal, durante el período comprendido entre el 31 de diciembre del año 2015 y el 16 de septiembre del año 2018, de igual manera, deberá cancelar el aporte patronal correspondiente a pensión por el mismo período. En la misma medida, y como se tiene debidamente establecido que este pago corresponde directamente al empleador, deberá cancelar al demandante la suma de \$813.700 por concepto de devolución de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales, todo conforme a la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO QUINTO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante la suma de \$24.858.264, por concepto de indemnización por no consignación de las cesantías, de acuerdo con el numeral 3° del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, conforme a la parte considerativa de esta providencia. ARTÍCULO SEXTO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante la suma diaria de \$26.041, a partir del 17 de septiembre del año 2018 y hasta que realice el pago efectivo de las condenas aquí impuestas, por concepto de indemnización moratoria, consagrada en el Artículo 65 del CST, todo conforme a la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante. ARTÍCULO OCTAVO: CONDENAR a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho las cuales se tasan en la suma de \$2.500.000.” (Audiencia virtual del 14 de abril de 2023 - archivo 21 Min 1:13:09).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el demandante pide que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia. Considera que se debió declarar la relación a partir del 1 de diciembre de 2005, cuando inició labores con SALUDCOOP IPS, pues operó una sustitución patronal entre dicha IPS y ESIMED SA quien continuó desarrollando las actividades que aquella realizaba. Frente al salario afirma que se debió tener en cuenta la suma de \$9.639.500 pues, además de que la demandada no contestó la demanda, es el valor que se evidencia causado de las cuentas de cobro que presentó el demandante. Pide que se reconozcan las prestaciones correspondientes a las cajas de compensación, pues era obligación del empleador afiliar al demandante, y que se imponga condena al

pago de indemnización por despido sin justa causa pues la demandada no compareció a estas diligencias ni contestó la demanda y el demandante no tenía a quién entregar la carta de renuncia¹ (Audiencia virtual del 14 de abril de 2023 - archivo 21 Min 1:18:00).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de discusión en esta instancia la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y ESIMED cuyo objeto fue *“Prestar servicios profesionales asistenciales como MÉDICO PEDIATRA en las clínicas y sedes*

¹ “Gracias señor Juez me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho en todo aquello que fue desfavorable a mi mandante de manera Ultra y extra petita, señores magistrados apelo la decisión adoptada por el despacho de primera instancia vía pública que se debe reconocer la relación laboral del demandante a partir de 1 de diciembre del 2005 cuando inició sus labores con Saludcoop IPS conforme al artículo 67 y 68 del código sustantivo de trabajo conforme a las normas citadas se tiene que en el presente caso opero la sustitución de empleadores entre corporación IPS Saludcoop y ESIMED todo vez que no fueron cambios en el giro de sus actividades o negocios sino por el contrario ESIMED S.A siguió desarrollando las actividades que realizaba Saludcoop como lo son la realización de todas las actividades propias de una empresa promotora de salud dentro del marco y los registros establecidos en la ley al respecto la honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia como la sentencia T-395 de 2001, T-287 de 2011, T- 954 del 2011, T-435 al 2014, T- 254 2018 han señalado los requisitos que se deben cumplir para que se configure la sustitución de empleadores las cuales en efecto las llamadas sustitución patronal hay tres elementos cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador luego no puede nunca decidirse habiendo cambiado de patrón y continuidad en la empresa podría ocurrir que no hubiera continuidad del trabajador sino al contrario el contrato de trabajo se mantiene y hay sentencia judicial que así lo han determinado, al establecerse esta institución de la sustitución a fin de perseguir el temporal de los asalariados contra un imprevisto fin del contrato de trabajo producido por traspaso o cambio de dominio o administración de la empresa así lo ha venido expresando la jurisprudencia desde el 17 de julio de 1947 Sentencia del Tribunal Supremo Trabajo magistrado ponente Castor Jaramillo Arróbal. De igual forma señor juez me permito interponer recurso de apelación en contra de la base para liquidar las prestaciones sociales habida cuenta que el salario remunerado por el demandante, el cual fue el último por el valor de \$9,639.500 el cual se puede evidenciar en las cuentas de cobro las cuales fueron aportadas dentro del expediente y las cuales como la entidad no contestó se deben dar por ciertas y de igual forma estas fueron reclamadas a través de un derecho de petición y con la entidad reconoció la deuda sin indicar que no fueran ciertas como lo leyó el señor juez indicó que en septiembre del 2018 la entidad asumió la deuda indicó que no se había podido realizar los pagos habida cuenta por la falta de dinero que tenía la misma entidad por lo cual solicito se tenga como base para liquidar las indemnizaciones y demás reconocimientos los \$9.639.500 que obran en las cuentas de cobros las cuales se encuentran como ya lo indique dentro de las pruebas aportadas por la parte demandante De igual forma solicito se reconozca la caja de compensación habida cuenta que era la obligación del empleador afiliar a sus trabajadores tanto para ARL, salud, pensión y caja de compensación, esta obligación estaba a cargo del empleador cosa que se evidenció y no fue suministrada por la entidad. De igual forma solicito Señor Juez se reconozca la pretensión de la indemnización contenida en artículo 64 de código sustantivo de trabajo habida cuenta que el demandante como se demostró dentro del proceso la entidad ni siquiera compareció a esta diligencia, ni siquiera contestó la demanda y pues así fue con su proceso de trabajo del demandante no tenía a quién entregar por parte de ESIMED la carta de renuncia tuvo que ser directamente a la entidad en la que estaba trabajando en ese momento que era la clínica en la que se encontraba en ese momento. De igual forma la entidad nunca les indicó a los empleados en este caso al demandante la terminación del contrato simplemente les dijeron que no se podía realizar los pagos efectuados con anterioridad puesto que se encontraba en una situación económica difícil, pero pues la clínica fue cerrada y tampoco les indicaron la reubicación del mismo por todo lo anterior solicitó de manera respetuosa sea revocada la sentencia de manera parcial en todo lo que apeló las suscrita, muchas gracias.”

de atención que indique *EL CONTRATANTE*, para la prestación de servicios de salud contenidos o no en el Plan Obligatorio de Salud (POS)”, relación que terminó el 16 de septiembre de 2018, hechos que definió probados la sentencia de primera instancia y no fueron objeto de apelación.

En consonancia con el recurso, el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si se acreditó o no la existencia del contrato de trabajo con ESIMED S.A.S. a partir del 1 de diciembre de 2005, (ii) cuál es el salario base para la liquidación de las condenas, (iii) si procede el reconocimiento de los aportes a caja de compensación, (iv) si procede el pago de indemnización por terminación sin justa causa de la relación de trabajo.

(I) RELACIÓN LABORAL – EXTREMO INICIAL - SUSTITUCION PATRONAL.

Para definir un extremo inicial de la relación de trabajo diferente al que se dedujo en primera instancia, por una eventual *sustitución patronal* de la demandada ESIMED con SALUDCOOP, el demandante debió probar la existencia de un contrato de trabajo con SALUDCOOP IPS, y demostrar que los elementos dispuestos en el artículo 67 del CST, para que opere dicha figura ocurrieron, a saber: el cambio de un empleador por otro (lo que supone la existencia de contrato de trabajo con el primero), la continuidad de la empresa a la cual se prestan los servicios, y la continuidad del contrato de trabajo.

En este orden de ideas y dado que no se vinculó al proceso a la persona jurídica frente a la cual se aduce la existencia de un contrato de trabajo inicial, ni existen pruebas suficientes en el expediente para deducir la relación de servicios personales y subordinados del demandante con dicha sociedad, no podía el juzgado declarar la *sustitución patronal* que se reclama en el recurso ni las consecuencias que de ello se pudieran derivar frente a ESIMED, que es la demandada en este expediente.

No sobra recordar, a tenor de lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 24 del CST, que el contrato de trabajo tiene como elementos esenciales la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos) y el salario, y si bien reunidos estos elementos *se entiende* que existe contrato y no deja de serlo

por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen, para que un juez pueda hacer tal declaración debe tener certeza de que se prestaron los servicios de forma continua, *personal* y subordinada en favor de quien se alega fue el empleador.

En este orden de ideas y dado que la existencia del contrato de trabajo con la demandada ESIMED SAS se dedujo fundamentalmente de su conducta procesal, por no haber comparecido al proceso, tal *deducción* no cabe frente al otro empleador pues no se le vinculó como demandado en este expediente. Por ello el juzgado solo podía declarar que el demandante RICARDO MALAQUÍAS CERVANTES AGREZZOTT prestó servicios a la sociedad ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS - ESIMED SAS bajo contrato de trabajo entre el 31 de diciembre de 2015 y el 16 de septiembre de 2018, hecho del cual dan cuenta, además, los testimonios de NOHORA CASTILLO MOLANO, JUAN CORENA MÁRQUEZ, ÁNGELA CRISTANCHO SABOYÁ, y las documentales de folios 85 a 87 archivo 01 trámite de primera instancia y de folios 113 a 117 archivo 01 trámite de primera instancia.

Como de tales pruebas no se deduce la existencia de un contrato de trabajo con SALUDCOOP (servicios personales continuos, remunerados y subordinados), ni la ocurrencia de los otros elementos necesarios para que pueda operar una *sustitución patronal* (continuidad de la empresa y continuidad del contrato), el Tribunal confirmará en este punto la sentencia de primera instancia. La certificación expedida por LA INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTIÓN ADMINISTRATIVA (ver folio 88 archivo 01) relaciona contratos de prestación de servicios de esa institución para la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP de la cual ni siquiera se allegó al plenario el certificado de existencia y representación.

No sobra recordar que la continuidad de la empresa y de las labores no son suficientes por sí solas para la existencia de una *sustitución patronal*, se requiere además y fundamentalmente la continuidad del *contrato* (SL1943 de 2016, reiterada en la SL2831 de 2017)² lo que supone la existencia de una

2 “(...) Sobre el particular, corresponde decir a la Sala que ha sido criterio jurisprudencial reiterado de vieja data el siguiente:

Vale la pena anotar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte es esencial al fenómeno de la *sustitución patronal* que se reúnan determinadas condiciones. “Para que se opere la *sustitución de patronos*, dijo la Corte, es necesario que concurren tres requisitos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en el servicio. Y no ocurre este último requisito, dejándose de producir, por consiguiente, la *sustitución de*

relación de servicios personales y remunerados con el primer empleador (folio 37 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

ii) SALARIO. Para definir el valor del salario que devengaba el demandante, debe advertir la Sala que, si bien todo pago recibido por el trabajador como contraprestación del servicio se presume salarial³, la carga de probar el valor de lo causado la tiene quien reclama el pago en un proceso judicial.

Dicha carga no se cumplió en este expediente, lo que abrió paso a la aplicación del salario presuntivo dispuesto en el artículo 145 del CST⁴,⁵. Si bien en el contrato de prestación de servicios profesionales No. 809 suscrito entre el demandante y ESIMED el 07 de febrero de 2018 se establecieron los hechos que darían lugar al pago del salario y la forma que éste se haría, no se aportaron pruebas sobre los días específicos en que se prestaron servicios ni la jornada efectiva en la que realmente ello pudo haber ocurrido, lo que impide declarar como causado un salario diferente al que se tasó por presunción en la sentencia apelada⁶.

patronos, cuando el trabajador acuerda con el antiguo patrono la terminación de su contrato y seguir prestando sus servicios al nuevo patrono, en ejercicio de un nuevo contrato, lo cual no quebranta ningún régimen legal. Si bien es cierto que uno de los factores que configuran la sustitución de patronos es la continuidad en la prestación del servicio, no basta que se demuestre simplemente el hecho de que el trabajador siguió laborando en la empresa, sino que es necesario establecer que actuaba dentro del mismo contrato, esto es, que la relación jurídica se hallaba vigente respecto al patrono sustituido para que el sustituto lo recibiera con las consecuencias que la ley previene". (Sent. abr. 16/56, Rev. D del T., vol. XXIII, núms. 136-138, pág. 152). Y es que la institución de la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador contra una imprevista e intempestiva extinción del contrato producida por el cambio de un patrono por otro, cualquiera que sea la causa, ya se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa. Por consiguiente, cuando existe o media la sustitución patronal, los contratos de trabajo no se extinguen, son los mismos y deben continuar con el nuevo patrono. Por eso, no puede haber solución de continuidad entre el contrato de trabajo que rigió entre el trabajador y el sustituido, respecto del contrato de trabajo que pueda haber entre aquél y el sustituto. De allí que una continuidad de servicios del trabajador, pero mediante distinto contrato con el nuevo patrono, no configura el fenómeno de la sustitución patronal". (CSJ, Cas. Laboral, Sent., feb. 11/81)"

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

⁴ ARTICULO 145. DEFINICIÓN. Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural.

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3009-2017 Rad. 47044 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3009 Rad. 47044 del 15 de febrero de 2017 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: "(...), no es dable suponer el

Dice el contrato: "*CLAUSULA DECIMA PRIMERA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: Indeterminado pero determinable, así: Valor hora diurna efectiva en Consulta Externa (3 pacientes por hora) se pagará a SESENTA Y CINCO MIL PESOS \$65.000). En los servicios de hospitalización y urgencias se pagará hora diurna a SESENTA Y CINCO MIL PESOS (\$65,000) y nocturna (de 10pm a 6am) a SETENTA Y OCHO MIL PESOS (\$78.000), previa radicación y aceptación de la correspondiente cuenta de cobro por parte de EL CONTRATISTA en las instalaciones de EL CONTRATANTE y que efectivamente hayan sido prestados por el CONTRATISTA en desarrollo del objeto del presente contrato. FORMA DE PAGO. El desembolso se efectuará dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura y/o cuenta de cobro, precedida da la certificación de cumplimiento emitida por el supervisor del contrato, previa presentación de los soportes correspondientes y acreditación del pago de los aportes al sistema general de seguridad social. PARÁGRAFO 1. En todo caso, EL CONTRATANTE. descontará AL CONTRATISTA el valor correspondiente a las objeciones generadas por el área de auditoría de cuentas medicas de ESIMED S.A. y las generadas por la EPS (glosa por falta de registro de evoluciones, ausencia de respuesta de interconsultas en el módulo respectivo, ausencia del procedimiento facturado en la descripción quirúrgica, ausencia del récord de anestesia, y las generadas por falta de pertinencia, entre otras), en la factura radicada en el momento de la notificación, y generará el correspondiente reembolso una vez sea recibida la respuesta con los soportes que den lugar al levantamiento del valor objetado o una vez sea conciliado con el área respectiva el valor a reembolsar. Este valor será cancelado en el siguiente periodo. PARÁGRAFO 2. El plazo de respuesta a las objeciones es de 15 días hábiles a partir de la notificación personal o al correo registrado, de lo contrario se entenderá como aceptado por vencimiento de términos".*

No son prueba útil del salario causado las cuentas de cobro que el demandante elaboró por servicios que dice haber prestado en los meses transcurridos entre mayo y septiembre de 2018 (ver folios 92 a 101 archivo 01), pues tales documentos no fueron elaborados por la demandada ni le son oponibles.

(iii) AFILIACIÓN Y APORTES A LA CAJA DE COMPENSACIÓN.

número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, ...".

Revisado el expediente se negará también la solicitud de afiliación y pago de aportes a una caja de compensación, pues los beneficios que de ello se derivan se reciben en vigencia de la relación de trabajo y en consecuencia una condena no reportaría beneficio al demandante, salvo el subsidio familiar por personas a cargo, derecho que también será negado porque no se probaron las condiciones para el pago directo por el empleador. La Ley 21 de 1982 define al subsidio familiar como la prestación que reciben trabajadores dependientes permanente que reciben salarios no superiores a cuatro veces el mínimo mensual legal vigente, cuando tienen personas a cargo, hecho este último que no se demostró ocurrido⁷.

⁷ Artículo 3º de la Ley 789 de 2002 que derogó el artículo 28 de la Ley 21 de 1982 al haber establecido una regulación integral en materia de las personas a cargo del trabajador que daban derecho al subsidio familiar.

“Artículo 3º. Régimen del subsidio familiar en dinero. Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo anterior el tiempo laborado para todos ellos y lo pagará la Caja de Compensación Familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador tendrá la opción de escoger la Caja de Compensación. En todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio.

El trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar en dinero durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.”

(...)

PARÁGRAFO 1o. Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.

2. Los hermanos que no sobrepasen la edad de 18 años, huérfanos de padres, que convivan y dependan económicamente del trabajador y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1.

3. Los padres del trabajador beneficiario mayores de 60 años, siempre y cuando ninguno de los dos reciba salario, renta o pensión alguna. No podrán cobrar simultáneamente este subsidio más de uno de los hijos trabajadores y que dependan económicamente del trabajador.

4. Los padres, los hermanos huérfanos de padres y los hijos, que sean inválidos o de capacidad física disminuida que les impida trabajar, causarán doble cuota de subsidio familiar, sin limitación en razón de su edad. El trabajador beneficiario deberá demostrar que las personas se encuentran a su cargo y conviven con él.

5. En caso de muerte de una persona a cargo por la cual el trabajador estuviere recibiendo subsidio familiar, se pagará un subsidio extraordinario por el mes en que este ocurra, equivalente a 12 mensualidades del subsidio en dinero que viniera recibiendo por el fallecido.

6. En caso de muerte de un trabajador beneficiario, la Caja de Compensación Familiar continuará pagando durante 12 meses el monto del subsidio por personas a cargo, a la persona que acredite haberse responsabilizado de la guarda, sostenimiento o cuidado de ellos. El empleador dará aviso inmediato de la muerte de un trabajador afiliado a la Caja de Compensación.

(...)”

(iv) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO.

Para resolver este punto de la apelación, los artículos 62 y 63 del CST contemplan taxativamente los hechos que constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo, y asignan tanto al empleador como al trabajador la facultad de alegar su ocurrencia para resolver el contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida. Cuando es el trabajador quien 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.

Sin embargo, para obtener una condena judicial por este derecho debe demostrar quien reclama el pago que las conductas aducidas como justa causa ocurrieron, que constituyen un incumplimiento a las obligaciones que el contrato de trabajo impone al empleador (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL 18344 del 24 de agosto de 2016), y que fueron invocadas o aducidas oportunamente para dar por terminado el contrato de trabajo. Así lo dispone claramente el parágrafo del artículo 62 del CST: *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.*

Con estas reglas procesales y revisado el expediente, el Tribunal confirmará también esta parte de la decisión de primera instancia, pues el demandante no demostró que al terminar el vínculo hubiera puesto en conocimiento de su empleador las razones que lo llevaron a renunciar.

Si bien en la carta de terminación allegada con la demanda se hace referencia a la impuntualidad en el pago de las horas laboradas, y dicha conducta quedó demostrada en el proceso, lo cierto es que la comunicación no fue radicada ante el empleador ESIMED S.A.S.- Ello lleva a entender que el demandante se retiró del servicio voluntariamente y sin justa causa, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencia SL417 del 27 de enero de 2021 Rad. 71672).

COSTAS en la apelación a cargo del demandante

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS la suma equivalente UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE SHIRLEY ROSARIO GONZÁLEZ RUBIO COLINA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, SKANDIA y COLFONDOS, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 09 de noviembre de 2023 por el Juez Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, SHIRLEY ROSARIO GONZÁLEZ RUBIO COLINA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su afiliación del RPM al RAIS realizada a la AFP PORVENIR así como los posteriores traslados horizontales efectuados, por existir engaño y asalto a su buena fe, lo que la

indujo en error y vició su consentimiento al realizar el traslado de régimen. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR S.A. retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora junto con todos sus frutos e intereses con los rendimientos que se hubieren causado, y se ordene a COLPENSIONES a mantenerla como afiliada del RPM sin solución de continuidad (ver demanda folios 4 a 25 del archivo 01 y subsanación de demanda folios 2 a 26 del archivo 03, primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual se dio de manera libre y voluntaria en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, y que su decisión obedeció a la información brindada por los asesores de la AFP que efectuaron el traslado. Refiere que no se aporta ninguna prueba que demuestre algún vicio del consentimiento para invalidar la afiliación. Sostiene que un error de derecho no vicia el consentimiento y que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de la ley 797 de 2003, por lo que le es imposible a esa entidad tenerla como afiliada del RPM, ello contraviene el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Asegura que, en caso de encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y se determine la nulidad del traslado, se debe garantizar la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las pensiones. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la constitución política), imposibilidad volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia*

del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica (ver contestación folios 3 a 15 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas de la demanda, con fundamento en que la afiliación realizada por la demandante el 28 de enero del 2000 fue producto de una decisión libre, voluntaria, e informada, después de recibir información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del RAIS, conforme las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico y que contienen la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993. Sin perjuicio de ello, sostiene que no es procedente la declaratoria de ineficacia del artículo 271 de la ley 100 de 1993 porque esta solo es aplicable a situaciones dolosas que no se acreditan ni se alegan en esta demanda, y en todo caso, a la demandante le es aplicable la restricción del artículo 2 de la ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito las que denominó *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica* (ver contestación folios 2 a 24 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia)

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, afirmando que de las pruebas allegadas no se evidencia situación alguna que permita invalidar el acto jurídico que la demandante suscribió. Por el contrario, observa de la documental allegada, particularmente del formulario de afiliación y de los múltiples traslados entre fondos privados, que la decisión en materia pensional durante su vida laboral estuvo voluntariamente expresada en permanecer al RAIS y consolidar allí su derecho pensional. Como excepciones de fondo propuso las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe* (ver contestación folios 2 a 32 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia)

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda que involucren a esa entidad, en especial a que se declare la ineficacia del traslado por tratarse de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, prueba de ello es el

formulario de afiliación suscrito de forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y que generó derechos y obligaciones pues cumplió los requisitos previstos en el artículo 11 del decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación, pues está consagrada en la ley 100 de 1993. Propuso en su defensa, 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por la falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto, protección traslado la totalidad de los aportes de la demandante a SKANDIA, por lo que a la fecha NO le adeuda suma alguna a ninguna AFP ni hay saldos adicionales en la cuenta de ahorro individual de la señora SHIRLEY ROSARIO GONZALES RUBIO, innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 21 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS igualmente contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, en especial a la declaración de nulidad del traslado efectuado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen y, aduce que brindó a la demandante una asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones de traslado dentro del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, ventajas y desventajas, bonos pensionales, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y derecho de retracto, como lo refirió al suscribir el formulario correspondiente. Resaltó que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen ratificaron su voluntad de permanencia, lo que desvirtúa el presunto engaño al que habría sido sometida para realizar el traslado. Expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima de alcanzar la pensión. Propuso como excepciones las de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación 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 (ver contestación folios 7 a 22 del archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Dentro del término de traslado, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A (folio 90 a 98 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia), el que fue admitido por auto del 14 de junio de 2022 (archivo 13, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Enterada la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contesto la demanda a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto las misma carece de uno de los presupuestos materiales para acceder a una sentencia de fondo favorable. Aduce que se cumplió con los requisitos de validez y eficacia de los actos jurídicos bilaterales. Afirma que la afiliación al RAIS se dio en el marco de la autonomía de la voluntad, un acto libre, espontaneo, debidamente comprendido tanto en todos sus elementos como su alcance y consecuencias, exentó de vicio alguno en el consentimiento. Propuso como excepciones: *el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad” sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente licitas y validas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., legalmente la demanda se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, y reconocimiento oficioso de excepciones.* Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza. Se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado por cuanto el único objeto de ese contrato es que, en caso de *realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora “el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”.* En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denomino: *inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS*

S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP SKANDIA S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones. (ver contestación folios 2 a 21 del archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 09 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de SHIRLEY ROSARIO GONZÁLEZ a la AFP PORVENIR suscrita el 28 de enero 2000. En consecuencia, declarar que para todo efecto legal la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre permaneció en el de prima media con prestación definida. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES, la suma percibida por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de la de pensión mínima debidamente indexada por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora tal como se expuso*

en la parte motiva de esta providencia razón por la cual esta orden, debe cumplirse en el término de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a las AFP COLFONDOS, SKANDIA y PROTECCIÓN, a devolver a COLPENSIONES, la suma percibida por concepto de gastos de administración, comisiones de seguros, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora esta orden deberá cumplirse en el término señalado en el numeral anterior, esto es, 45 días. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, que una vez, efectuó el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes, esta orden deberá cumplirse dentro de los 15 días siguientes al término señalado en los numerales segundo y tercero de esta decisión. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas COLFONDOS, SKANDIA, PROTECCIÓN y PORVENIR. SEXTO: DECLARAR probada la excepción de mérito propuesta por MAPFRE denominada en caso una sentencia de condena contra la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA, SEGUROS S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR, COLFONDOS, SKANDIA y PROTECCIÓN, fíjense como agencias en derecho la suma de 1/4 de salario mínimo a cargo de cada una de ellas en favor de la actora. OCTAVO: CONDENAR en costas a la demandada SKANDIA en favor de MAPFRE SEGUROS DE VIDA. Fíjense como agencias en derecho, 1/2 mínimo legal mensual vigente. NOVENO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en consecuencia remítase al TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA LABORAL” (Audiencia virtual, récord 1:28:50, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR refiere que no hay razón para que se condene a una devolución diferente a los rendimientos y aportes, teniendo en cuenta que cualquier otro monto corresponde a una obligación de tracto sucesivo por

cuanto estas suman no hacen parte de las sumas que financian la pensión y ello genera un enriquecimiento sin causa. Por otra parte, considera que no hay lugar a la indexación ya que los rendimientos compensan la pérdida del poder adquisitivo y se generaría una doble condena, como ha sido decidido por otros jueces, cita la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca en el proceso 2021 00111. Estima que ordenar la devolución del fondo de garantía de pensión mínima generaría un perjuicio a la entidad puesto que solo recibió los aportes y destinó el porcentaje indicado por la ley¹ (Audiencia virtual, récord 1:31:18, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA, sostiene que garantizó el amparo de los riesgos de invalidez y muerte durante la vigencia de la afiliación. Advierte que no se tuvieron en cuenta las condiciones académicas, culturales y sociales de la afiliada. Considera que no es procedente la condena a la devolución de los gastos de administración, comisiones, y el seguro previsional, pues se trasladó

¹ “su señoría, de manera respetuosa, me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que acaba de proferir el despacho y, en consecuencia solicito al honorable tribunal superior de bogotá que revoque la sentencia proferida y absuelva a mi representada en lo que corresponde a la condena indexada y cualquier otro emolumento diferente a aportes y rendimientos, sobre todo en lo que tiene que ver con el fondo de garantía de pensión mínima en ese sentido me permito sustentarlo en el sentido de que no hay razón alguna para que se condene a mi representada, a generar una devolución diferente a los rendimientos aportes y rendimientos teniendo en cuenta que cualquier otro monto corresponde a una obligación de tracto sucesivo, por lo que estas sumas no entran en los dineros con los cuales se financia la prestación pensional de la demandante estos son dineros que la ley 100 de 1993 estipuló como una cuota de administración que se materializa en la buena gestión que hizo mi representada de los aportes se evidencia que hay unos rendimientos generados que superan el 66% de la totalidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante asimismo, enviar estos dineros a colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa para esta, ya que se le trasladaría una suma de las que no ha tenido administración alguna durante más de 23 años asimismo señorías frente a la indexación me permito destacar que las sumas mencionadas ya se encuentran actualizadas monetariamente y la declaración de pago indexado estaría generando una doble condena en contra de mi representada que no tiene el deber de soportar en consideración a que los rendimientos son sumas actualizadas y superan con creces cualquier devaluación económica que se pudo haber presentado frente a las sumas que hoy ordenan retornar a favor de la demandante y así lo ha venido sosteniendo el tribunal superior de cali el tribunal superior de cundinamarca en el proceso de Felisa león Poveda que me permito citar radicación 2021 111 en donde se indica sobre el particular se considera que la asiste razón al apelante ya que en este caso como lo refiere se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros rubro que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la afp como consecuencia de la afiliación de la demandante por lo que entiende la sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada por lo que se revocara la decisión en este aspecto me permito cerrar comillas así mismo señoría ordenar la devolución del fondo de garantía de pensión mínima esta devolución debe ser con cargo al propio fondo que no administra porvenir sencillamente recibe los aportes y destina el porcentaje indicado por la ley al fondo por lo que ordenar el traslado con cargo a sus propios recursos de este dinero pues sería una condena le generaría un perjuicio a mi representada que no está soportado y que no está obligada en llevar entonces en ese sentido se solicita al honorable tribunal estudie estos dos puntos sobre todo el tema de la indexación y el traslado de cualquier otro emolumento diferente a aportes y rendimientos porque ya se han generado unos rendimientos financieros que superan cualquier valor adicional que se pudiese ordenar el traslado muchísimas gracias”

lo correspondiente una vez que la afiliada decidió vincularse con COLFONDOS, con lo que cumplió sus obligaciones, además dicha orden desconoce las restituciones mutas y quebrantaría el equilibrio económico. Pide que el llamamiento sea analizado y se tenga en cuenta que la AFP pagó lo correspondiente a las primas² (Audiencia virtual, récord 1:35:13, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² “señoría estando dentro de la oportunidad procesal oportuna de manera sucinta y respetuosa me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho, solicitándole a los honorables magistrados del tribunal superior del distrito judicial de bogotá se sirvan revocar todas las condenas interpuestas en contra de mi prohijada skandia s.a bajo los siguientes argumentos en primer lugar pues esta apoderada judicial no comparte la tesis del despacho en la cual se cimienta en la cual cita el precedente jurisprudencial de la corte suprema de justicia en donde se ratifica pues la ineficacia del traslado de régimen pensional donde la misma considera y reprocha que tal y como está cimentada la jurisprudencia, pues prácticamente nos encontramos entre una inversión de la carga dinámica de la prueba ordenando el principio de confianza legítima y seguridad jurídica y la teología y finalidad de la creación de estos dos regímenes pensionales del régimen de prima media y rais conforme a lo estipulado en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 y las demás decretos reglamentarios y posteriores esferas o momentos en los cuales la citada jurisprudencia del deber de información en términos de vigencia o años específicos, ya directamente con ello y pese a que esta apoderada considera que no se tuvo en cuenta primero las condiciones académicas y culturales y sociales de la afiliada, pero más allá de eso, de que sí se cubrió la contingencia para la cual está destinada esa obligación de las afp que es la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte y de todas maneras que se cumplió con esa libertad de escogencia plasmada si bien en un formulario que se encuentra que se encontraba en su momento avalado por la superintendencia financiera de acuerdo con la consolidación o causación que se pudiese llegar a tener del derecho pensional realmente hay un factor determinante en el cual, si se demostró esa libertad de escogencia y al menos esa permanencia en el régimen de ahorro lo hace el deber de información oponible para la edad específica realmente las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia están encaminadas a que no es procedente que si bien se está determinando la ineficacia del régimen pensional en lo que atañe a mi prohijada se condene a la devolución de unos gastos de administración unos aportes determinados que ya fueron trasladados a la cuenta específica del afiliado una vez que decidió vincularse en el año 2009 con colfondos, pero aunado al hecho del porcentaje destinado al fondo de pensión de garantía mínima y aunado a los demás rubros condenados y es que los valores que se cobraron o se destinaron en mejores palabras por parte de mi representada a las cuotas de administración y comisiones con esa declaratoria, se está desconociendo las reglas sobre restituciones mutuas estipuladas en el artículo 1746 del código civil, pues a pesar de que mi prohijada sí ejecutó cabalmente sus obligaciones durante la poca vigencia que estuvo con la afiliada, y en tal virtud, se puede plasmar que se generó una rentabilidad a favor de la afiliada aquellas gestiones de administración durante el 2005 al 2008 que estuvo vinculado con mi prohijada, se están quedando sin la correlativa compensación a la que tendría derecho pues mi prohijada porque resulta imposible en efectos prácticos retrotraer aquellos efectos por los cuales pues están destinados a unas obligaciones de hacer como lo es la labor de administrar, que se encuentra taxativamente regulada a cargo de las afp y esta obligación de hacer ya se encuentra consolidada por lo que no es procedente ordenar esa restitución de las sumas percibidas por tal concepto pues estaría quebrantando el equilibrio económico por el cual se propende pues la consecuencia jurídica de la ineficacia que es la restitución de mutuas o hacer de cuenta como si nunca hubiese estado vinculada la afiliada con mi prohijada desde esa perspectiva pues una adecuada aplicación de esta regla sobre la lógica jurídica por la cual se cimienta para retrotraer cualquier tipo de actuación de vinculación es que aquellas obligaciones de hacer o de ejecución que implican una prestación correlativa y que por su propia naturaleza son imposibles y reiteró de retrotraer porque ya se encuentran consolidadas pues deben denominarse no como un perjuicio no como una merma tampoco en el aporte o en la cuenta de ahorro individual de la afiliada sino como unas expensas necesarias en ese lenguaje utilizado conforme al artículo 965 del código civil que lo que buscaron fue cubrir esos costos remunerar esas gestiones que generaron esa rentabilidad pues que la afiliada si hubiese estado vinculada en colpensiones en esa época directamente pues no se habrían generado en cumplimiento de un mandato legal, es decir, que se busca que si la finalidad misma, la consecuencia jurídica es como si nunca hubiera estado vinculada con mi prohijada es que se haga o se retrotraigan todos los actos jurídicos, pues aquellos que son imposibles de retrotraer se mantengan y por tanto se garantice ese

En el recurso de COLFONDOS, pide que se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsionales, teniendo en cuenta que contraviene lo previsto en el artículo 7 del decreto 3995 del 2008 que regula los rubros sujetos al traslado. Además, sostiene que la póliza se contrató en beneficio de la afiliada siendo el fondo privado un intermediario en el proceso, y la aseguradora asumió los riesgos de invalidez y muerte de la afiliada. Además, indica que la jurisprudencia ha establecido que la ineficacia no puede revertir actos y contratos de la aseguradora que ya fueron consumados. Asimismo, pide que se absuelva de la condena en costas en el entendido de que brindó la asesoría que en su momento le correspondió

objetivo por el cual y conforme al mandato legal se le destinó esa obligación a las administradoras de fondos de pensiones, en ese orden de ideas, pues no es procedente la devolución de gastos de administración y comisiones de igual manera pues tampoco comparte la apoderada que se devuelva el porcentaje destinado al seguro previsional no solo porque este debe ser analizado por el honorable tribunal, no solamente en el llamamiento, sino también, pues a devolver unos valores de los cuales ya cumplieron su finalidad y es reconocido durante la vigencia que estuvo vinculada con mi prohijada se cumplió el riesgo por el cual era la contingencia de invalidez o muerte y es que este trámite específico por el cual se contrata a través de un contrato de tracto sucesivo que ha reiterado pues el tercero llamado en garantía, realmente tiene un interés asegurable o un interés jurídico que es garantizar esa finalidad y cuál es la finalidad, pues protegerla de esa contingencia en ese orden de ideas conforme al mandato legal del artículo 20 de la ley 100 de 1993 y de acuerdo con la teoría que he venido reiterando, pues resulta cuestionable que la orden de restitución de estos valores correspondientes a las primas de seguros previsionales no solamente por la finalidad misma de tracto sucesivo, sino porque ya de manera definitiva se dio la totalidad por la cual pues se ha contratado se pagó se cumplió y no sé parte de los dineros que reposan en la cuenta o directamente en el dominio de mi prohijada en ese orden de ideas tampoco es procedente que skandia deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros previsionales por cuanto ya no se encuentran en su poder sino por la compañía aseguradora que contrató esa cobertura que se cumplió a través del pago de una prima asegurable y se destinó una suma que sea agotó se extinguió y por tanto pues esa cobertura se hizo efectiva y no puede jurídicamente hablarse de retrotraerse en tiempo material y es imposible pues retrotraer una un rubro que ya cumplió su fin y finalmente se declara pues que a los rubros destinados específicamente de acuerdo con la orden del juzgado de instancia destinados al fondo de pensión de garantía mínima esta suma ya se encuentran extintas y no hacen parte de los dineros que administra mi prohijada de cara que es claro que si estos valores tienen que ser devueltos de manera indexada pues que se analice de cara a la naturaleza jurídica del régimen de ahorro individual con solidaridad que este régimen hace una constante y permanente inversión en la bolsa que se genera una rentabilidad periódica el capital depositado en ese orden de ideas pues no se pierde el valor de adquisitivo de la moneda y razón por la cual tampoco sería improcedente si llegara al caso de que se haya condenado a este rubro solo me queda por decir y para concluir de cara a los seguros previsionales la orden en la que no se tuvo en cuenta el llamamiento en garantía que realmente el porcentaje de seguros previsionales hay una carencia de interés asegurable por parte de mapfre colombia vida seguros sa pues la finalidad misma está obligada a ella conforme el artículo 1137 el código de comercio devolver las primas que mi representada desde la buena fe pagó de cara a la demandante en aras de cumplir con esa finalidad, como se ha reiterado y en ese orden de ideas ante la ausencia reiteró de ese interés asegurable que es uno de los requisitos por los cuales se cumple o se contrata el seguro previsional pues es inaceptable que no se declare la procedencia del llamamiento en garantía cuando sí se cubrió el pago de la prima en el cubrimiento o en plasmar la cobertura de la contingencia a favor de la demandante que se está ordenando retrotraer entonces pues, no sería conveniente que la aseguradora continúe con ese valor cuando debe devolverlo conforme al artículo 77 del código de comercio, en ese orden de ideas dejo cimentado mi recurso de apelación solicitándole reiteradamente y respetuosamente al tribunal superior del distrito judicial de esta sede judicial se sirva revocar las condenas interpuestas conforme a los argumentos esgrimidos es todo su señoría muchas gracias”

y no fue el responsable de realizar el traslado inicial de la demandante³ (Audiencia virtual, récord 1:44:25, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

³ “muchas gracias, señoría me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho para que se revoque parcialmente las condenas impuestas a mi representada en primer lugar, indicar que con respecto a la condena relacionada con la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, es necesario señalar al tribunal que la sentencia apelada contraviene el artículo séptimo del decreto 3995 del 2008 este decreto regula de manera taxativa los rubros sujetos al traslado de los cuales se resumen en los saldos en unidades de los aportes realizados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual, al fondo de garantía de pensión mínima del rais la norma no hace mención alguna a gastos de administración ni seguros previsionales llama la atención sobre un aspecto esencial en esta controversia es la naturaleza y función de la póliza previsional contratada así mismo pues la póliza, se contrata en beneficio de los afiliados, siendo el fondo privado simplemente una intermediaria en el proceso y es la afp quien recauda las primas del seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora, y dichos recursos nunca ingresan al patrimonio de la administradora por ende, resulta improcedente solicitar al fondo privado colfondos la devolución de recursos que nunca estuvieron bajo su posesión desde la perspectiva de la aseguradora previsional es esencial resaltar que se prestó efectivamente el servicio contratado y se trata de un contrato de ejecución sucesiva, donde la aseguradora asumió los riesgos de invalidez y muerte del afiliado si estos riesgos se hubiera materializado, correspondería a la aseguradora el pago de la suma adicional para financiar las correspondientes pensiones en el contrato que fue ejecutado conforme a los términos y efectos de los cuales no pueden retrotraerse de la declaración de la ineficacia en ese contexto, pues es fundamental considerar dos puntos claves, primera la jurisprudencia de la corte suprema de justicia ha establecido que la ineficacia no puede revertir actos y contratos de las aseguradoras, que ya fueron efectivamente consumados y segundo obligar a la devolución de la prima, pues del seguro previsional o de las los gastos de administración constituiría en un atentado contra el deber de administración de la seguridad social, en ese orden de ideas, pues también solicito al tribunal superior de bogotá, se absuelva a mi representada de la condena en costas proferida por este despacho en el entendido que mi mandante brindó la asesoría que en su momento le correspondía, y aunado a eso pues en virtud de que mi representada no fue la que realizó el traslado inicial del fondo de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y, además, que pues ya mi representada no cuenta con ningún valor en la cuenta de ahorro individual de la demandante, ya que no está afiliada a colfondos y que su último fondo, es el fondo porvenir en ese sentido, pues dejó sentado mi recurso de apelación y solicito respetuosamente el tribunal superior de bogotá se absuelva a mi representada de las condenas que fueron efectuadas en contra de Colfondos”

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 38⁴ años de edad, y había cotizado 206,57⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no había realizado cotizaciones⁶, y para la fecha de presentación de la demanda superaba la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 60 años - ver folios 178 del archivo 01 expediente digital).

⁴ Nació el 15 de marzo de 1961, folio 178 archivo 01.

⁵ Ver historia laboral expedida por Porvenir, folio 84 archivo 09, ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda folios 142 a 146 archivo 09 del expediente digital trámite de primera instancia.

⁶ *Ibídem*

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁷, ⁸. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario*

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁸ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo, que recibió una asesoría en la que el asesor le indicó que el ISS se iban a acabar, en consecuencia, si no quería perder el dinero que tenía ahorrado debía traslado al fondo privado. Sin embargo, no se le informó cuál era el funcionamiento de RAIS ni las condiciones para acceder a la pensión en el RAIS (Audiencia virtual del 09 de noviembre de 2023, récord 16:34).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de la de pensión mínima debidamente indexados por el tiempo que estuvo afiliada la demandante, a cargo de aquella y de COLFONDOS y SKANDIA (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación*

definida administrado por COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁹), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen la indexación con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues la indexación es solo la manera de mantener el poder adquisitivo de los gastos de administración que deben ser devueltos, con cargo a los recursos de la AFP, como ya se dijo.

Con relación al llamamiento en garantía, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó las pretensiones incoadas por la llamante, pues SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS no demostró la existencia de una relación sustancial con la aseguradora llamada en garantía que imponga a ésta (MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.) el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibió del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte del afiliado. Ello no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso (folio 22 a 31, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia) en las que los beneficiarios son los afiliados al Fondo de pensiones obligatorias y no la demandada, y cuyo objeto -además- es diferente al pretendido por la recurrente.

Finalmente, se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR, pues el artículo 365 de CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el tribunal adicionara la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES

⁹ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 04 2021 00442 01
Shirley Rosario González Rubio Colina vs Colpensiones y otros.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA TERESA DEL CONSUELO SOLANO DE
ORJUELA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2023 por el Juez Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA TERESA DEL CONSUELO SOLANO DE ORJUELA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *anulación* de su afiliación del RPM al RAIS realizada a la AFP PROTECCIÓN, ante la omisión del deber de información al realizar el traslado de régimen. En consecuencia, pide que se ordene a PROTECCIÓN S.A. retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración o cualquier otro (ver demanda folios 3 a 40 del archivo 05, primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual se dio de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, y que su decisión obedeció a la información brindada por los asesores de la AFP que efectuaron el traslado. Además, refiere que no se aporta ninguna prueba que demuestre algún vicio del consentimiento para invalidar la afiliación. Sostiene que un error de derecho no vicia el consentimiento. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de la ley 797 de 2003, por lo que le es imposible a esa entidad tenerla como afiliada del RPM y que ello contraviene el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Asegura que, de encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y se determine que la consecuencia es la nulidad del traslado, se debe garantizar la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las pensiones. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373-2021, falta de legitimación en la causa y la innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 21 archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda que involucren a esa entidad, en especial a que se declare la ineficacia del traslado, por tratarse de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, prueba de ello

es el formulario de afiliación suscrito de forma libre y espontanea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y que generó derechos y obligaciones pues cumplió los requisitos previstos en el artículo 11 del decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación pues está consagrada en la ley 100 de 1993. Propuso en su defensa, 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, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por la falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto* (ver contestación folios 2 a 23 del archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de MARÍA TERESA DEL CONSUELO SOLANO DE ORJUELA a la AFP PROTECCIÓN, suscrita el 9 de septiembre de 1997. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN a devolver a*

COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas por el tiempo en el que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna, el traslado de la actora al régimen de prima media con prestación definida junto con su correspondiente aporte. Esta orden deberá cumplirse en el término de los 15 días siguientes al señalado en el numeral anterior CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN, fíjese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en consecuencia envíese al tribunal superior de Bogotá sala laboral.” (Audiencia virtual, récord 45:20, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 42¹ años de edad y había cotizado 208,43² semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años 11 meses 29 día)³, y para la fecha de

¹ Nació el 15 de octubre de 1954, folio 45 archivo 01.

² Ver historia laboral expedida por Protección, folio 43 a 58 archivo 17, ver historia laboral de Colpensiones archivo 15 del expediente digital trámite de primera instancia.

³ *Ibidem*

presentación de la demanda superaba la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 68 años - ver folios 178 del archivo 02 expediente digital).

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

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso,*

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

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

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

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

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

estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo, que los asesores del fondo privado le indicaron que el ISS se iban a acabar, y que debía trasladarse al fondo privado. Dijo que le informaron sobre la posibilidad de heredar los aportes y de acceder a una pensión anticipada, así como la obtención de mayores rendimientos, sin embargo, no le informaron las condiciones para acceder a la pensión en el RAIS (Audiencia virtual del 21 de noviembre de 2023).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de la de pensión mínima debidamente indexados por el tiempo que estuvo afiliada la demandante (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre

de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁶), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Sin COSTAS en la consulta.

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

RESUELVE

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

⁶ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

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

2. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

3. SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 05 2021 00618 01
Nubia Eugenia Baquero Ladino vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NUBIA EUGENIA BAQUERO LADINO
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta entidad, la sentencia dictada el 05 de junio de 2023 por el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NUBIA EUGENIA BAQUERO LADINO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare *sin valor y sin efecto* la afiliación y traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por cuanto los asesores de PORVENIR le generaron unas falsas expectativas y le afirmaron con certeza que el ISS iba a desaparecer. En consecuencia, solicita se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los aportes a pensión y a esta última a recibirlos (ver demanda folios 1 a 5 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 05 2021 00618 01
Nubia Eugenia Baquero Ladino vs Colpensiones y otro.

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que no existe una causa legal para que se declare una nulidad y/o ineficacia del traslado y en esa medida es válido y legal el acto jurídico celebrado con el demandante. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado que consagra la Ley 797 de 2003 al contar con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Formuló como excepciones de fondo las de *buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas* (ver contestación folios 3 a 20, archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que la demandante efectuó el traslado al RAIS de manera libre y voluntaria ante la AFP Porvenir S.A., y no se demuestra la ocurrencia de algún vicio del consentimiento que conlleve a su nulidad o ineficacia. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 por lo que es imposible tenerla como afiliada al RPM pues ello iría en contravía del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema y acarrearía una descapitalización del fondo común. Presentó como excepciones de mérito las que denominó: *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la innominada o genérica*.(ver contestación folios 2 a 31 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 05 2021 00618 01
Nubia Eugenia Baquero Ladino vs Colpensiones y otro.

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de junio de 2023 mediante la cual el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen prima media al de ahorro individual realizado por la señora NUBIA EUGENIA BAQUERO LADINO, a través de PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: COSTAS a cargo PORVENIR S.A. únicamente. Inclúyase como agencias en derecho, la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes. CUARTO: En caso de que este fallo no fuera apelado consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES.”* (Audiencia virtual, récord 32:12, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES S.A., pide que se modifique el numeral segundo de la sentencia de primera instancia y se conceda la devolución de los porcentajes destinados a los gastos de administración y seguros previsionales de acuerdo con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia¹

¹ “Si su señoría me permite interponer recurso de apelación el cual sustento de la siguiente manera solicitándole al honorable tribunal modificar el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia esto en lo concerniente a conceder a favor de mi representada los porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, atendiendo a las sentencias de la corte suprema de justicia del 8 de septiembre de 2008 SL 1795 2017, SL 4989 2018, SL 1421 2019 radicado 56 174, en lo cual se reitera la solicitud al

EXP. 05 2021 00618 01
Nubia Eugenia Baquero Ladino vs Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 32:53, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

honorable tribunal modificar el numeral segundo en lo concerniente a que el fondo privado devuelva el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración a favor de mi representada en esto dejo sustentado el recurso muchas gracias .”

EXP. 05 2021 00618 01

Nubia Eugenia Baquero Ladino vs Colpensiones y otro.

requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 30² años de edad y había cotizado 214,2 semanas³, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 3 meses), y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de la edad mínima para acceder a la pensión (tenía 52 años de edad- ver folios 17 del archivo 02 y archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

² Nació el 14 de noviembre de 1969, folio 17, archivo 02.

³ Historia Laboral expedida por Porvenir, archivo 04.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴, ⁵. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*». Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo*

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

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

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

contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio

EXP. 05 2021 00618 01
Nubia Eugenia Baquero Ladino vs Colpensiones y otro.

de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, el asesor le indico que el ISS iba a acabar y que debía afiliarse a PORVENIR pero que no se le informó cual era el funcionamiento del RAIS, ni las diferencias con el RPM. (Audiencia virtual del 16 de agosto de 2023, récord 7:20).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos frutos e intereses, pero se adicionara para ordenar a esta administradora la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las

EXP. 05 2021 00618 01
Nubia Eugenia Baquero Ladino vs Colpensiones y otro.

comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁶), los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver las primas de seguros previsionales y los gastos de administración debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

⁶ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 05 2021 00618 01
Nubia Eugenia Baquero Ladino vs Colpensiones y otro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ ADALBERTO MORENO DURAN
CONTRA TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada el 24 de abril de 2023 por el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones con las cuales se pretendía el reconocimiento y pago del auxilio de alimentación extralegal.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, JOSÉ ADALBERTO MORENO DURAN presentó demanda contra la empresa TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que está afiliado a la organización sindical SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENERGÍA DE COLOMBIA – SINTRAELECOL y forma parte de la junta directiva en el cargo de SECRETARIO DE EDUCACIÓN Y GÉNERO y es beneficiario de la convención colectiva de trabajo actualmente vigente, en consecuencia, pide que se ordene el reconocimiento y pago del auxilio de alimentación convencional desde el 16 de abril de 2018 y mientras continúe siendo parte de la junta directiva de SINTRAELECOL, intereses moratorios, y perjuicios morales y materiales debidamente indexados.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa TRANSPORTADORA DE GAS

INTERNACIONAL S.A. E.S.P. el 6 de julio de 2012, para el cargo PROFESIONAL II, con asignación mensual de \$4.661.666, y a la presentación de la demanda desempeña el cargo de PROFESIONAL III en la GERENCIA DE PLANEACIÓN Y DESARROLLO. Se afilió a la organización sindical SINTRAELECOL el 20 de marzo de 2014 y es beneficiario de la convención colectiva suscrita entre ese sindicato y su empleador el 20 de marzo de 2019. Señala que hace parte de la junta directiva de la organización sindical SINTRAELECOL en el cargo de SECRETARIO DE EDUCACIÓN Y GÉNERO por lo cual le fue concedido permiso sindical permanente a partir del 16 de abril de 2018, y se le notificó que debía presentarse una vez al mes en las instalaciones de la empresa para abrir un espacio de socialización, lo que ha cumplido a cabalidad. Aduce que la convención colectiva prevé el permiso sindical remunerado en el artículo 9, y en el artículo 23 contempla un auxilio de alimentación que la empresa dejó de pagarle lo que además de ser un incumplimiento a la norma convencional es un acto de discriminación, pues ha desmejorado los ingresos, remuneración y los beneficios que percibe. El 23 de marzo de 2021 solicitó a su empleador el reconocimiento del auxilio de alimentación, petición que le fue negada (ver demanda páginas 1 a 30 archivo 01 trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. mediante apoderado judicial. Aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones. Acepta que en atención a la solicitud elevada por la organización sindical, el 12 de abril de 2018 concedió permiso sindical permanente al demandante para que *“pueda invertir el tiempo en el ejercicio de los derechos sindicales de los asociados...”* y que no se dan las condiciones especiales para que le sea pagado el auxilio de alimentación, pues la norma convencional prevé que éste se paga por cada día *efectivamente laborado* y el demandante en permiso sindical permanente para actividades sindicales no se encuentra efectivamente laborando. Propuso como excepciones de fondo las que denominó *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción, compensación y las demás que se prueben en el curso del proceso* (ver páginas 1 a 21 archivo 06 trámite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de abril de 2023, en la cual DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación y ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión concluyó que el demandante no acreditó los requisitos para hacerse acreedor del auxilio de alimentación convencional, pues en virtud del permiso sindical permanente no se encuentra efectivamente laborando, supuesto de hecho necesario. Consideró que no se ha discriminado al demandante, por lo que no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad en su favor, la redacción del texto fue clara y no da lugar a interpretaciones. Tuvo en cuenta que el demandante no rinde cuenta de sus actividades y que la asistencia a las diligencias de descargos es en virtud del cargo sindical que desempeña.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN. SEGUNDO: ABSOLVER a TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor JORGE ADALBERTO MORENO DURÁN. TERCERO: COSTAS a cargo del DEMANDANTE. Inclúyase como agencias en derecho la suma de tres (3) SMLMV a favor de la empresa demandada. CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor del señor JORGE MORENO.”* (min 2:29:46 audiencia del 24 de abril de 2023 archivo 11 trámite de primera instancia expediente digital).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el DEMANDANTE pide que se revoque la sentencia. Afirma -en síntesis- que, aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical permanente está al servicio de la empresa, pues en el ejercicio de la actividad sindical subsisten tanto el vínculo como las obligaciones del empleador. Considera que se debe dar aplicación al principio *in dubio pro operario* en la interpretación dada al texto normativo que señala *efectivamente trabajado*, y no se puede entender que no haya existido prestación personal del servicio durante los permisos sindicales. Afirma que el permiso sindical es una garantía fundamental para el ejercicio de la actividad sindical y por ello establecer

diferencias salariales desestimula el ejercicio de la dirección sindical. Aduce que los testimonios decretados fueron precisos y claros en señalar que la empresa reconoce el auxilio de alimentación a otros trabajadores en permiso sindical, a pesar de las diversas tipologías que puedan existir en los permisos concedidos¹ (min 2:30:25 audiencia del 24 de abril de 2023 archivo 11 trámite de primera instancia expediente digital).

¹ *“Muy buenas tardes nuevamente en este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho en todas y cada una de las partes resolutivas por los argumentos que procedo a exponer a continuación: Entre los argumentos que se señaló por parte del despacho como fundamentos de la sentencia se hizo alusión a puntualmente la frase o expresión relacionada, en el artículo 23 de la Convención Colectiva de trabajo relacionado a por cada día efectivamente trabajado si bien en este escenario del proceso que se está debatiendo, no se discute que el trabajador se encuentra en un permiso sindical permanente, lo cierto es que no puede interpretarse que por el hecho de estar el trabajador en un permiso sindical permanente el mismo no se encuentre efectivamente al servicio de la empresa y esto porque se ha reconocido por la jurisprudencia que el ejercicio de la actividad sindical y el permiso sindical no permite colegir o interpretar que haya una interrupción dentro del vínculo laboral por el contrario dentro del servicio sindical sigan vigentes y subsisten las obligaciones del empresario como es el pago de los aportes a seguridad social, las prestaciones, el salario. En este sentido y teniendo en consideración de que lista una diferencia frente a la interpretación que se le da al criterio de lo que se entiende por efectivamente trabajo y el cual se considera es el criterio al cual deberá hacerle la interpretación en consideración al principio in dubio pro operario atendiendo a una aplicación favorable para el trabajador y teniendo en consideración la naturaleza jurídica del permiso sindical en donde no puede interpretarse o entenderse de que no exista una prestación personal del servicio o una interrupción o suspensión del mismo este se sustenta inicialmente el recurso de apelación. En ese orden de ideas me permito señalar que, si bien dentro de los argumentos que fueron expuestos en el fallo se hizo referencia a situaciones relacionadas como lo es el tema de las vacaciones, de las licencias no remuneradas, de las incapacidades lo cierto es que el permiso sindical se encuentra en una situación totalmente distinta a las mismas y atendiendo a que como la ha reconocido no solo las normas internacionales sino la misma Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos la naturaleza del permiso sindical es una de las garantías fundamentales para el ejercicio de la actividad sindical y precisamente por eso es que se ha reconocido tanto en tratados internacionales como en las normas nacionales que no puede generarse o crearse criterios que puedan establecer diferencias de tractos salariales o prestaciones porque lo mismo implicaría desestimar que un dirigente sindical pueda ejercer plenamente su actividad sindical pues va a encontrarse frente a una situación que le va a disminuir sus ingresos y por lo tanto le afectaría a cualquier persona y por lo tanto preferiría desistir de hacer uso de los permisos para no verse afectado en los ingresos en ese sentido se señala y se reitera que pues se presentó una diferencia de criterios frente a la interpretación que se le está dando a la cláusula pues dentro del criterio y de una interpretación amparada dentro del marco del a buena fe pues se considera que no puede sacarse al trabajador de la situación descrita en el artículo 23 solamente por encontrarse en un permiso sindical permanente y es importante en este sentido, reiterar que el trabajador Jorge Alberto Moreno Durán, hace parte de la Junta nacional y por lo tanto, dentro de las obligaciones que se emanan de estar en un órgano directivo como esa, se requiere un tiempo y una dedicación mayor en el ejercicio de la actividad sindical para todos los trabajadores que se encuentran en la industria y pues no por ello debe ser discriminado y afectado en sus ingresos. En este sentido, me permito señalar que, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala laboral con radicado 81514 del 6 de julio 2021, con ponencia del magistrado Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez, SE señaló que el permiso sindical no constituye un factor de distinción salarial, por lo tanto, no puede establecerse diferencias al momento de establecerse el salario por temas relacionados con opiniones políticas o actividades sindicales. Así mismo, se señaló que las prerrogativas del derecho de asociación como el permiso sindical, no pueden canalizarse para la violación del derecho a la igualdad y para implementar tratos discriminatorios hacia un trabajador. En ese sentido, se ha señalado que debe interpretarse conforme a lo ha estipulado el artículo primero del Convenio 98 del Convenio 112 de la OIT, que no puede darse o establecerse tratos diferenciales a los trabajadores sindicalizados que cuentan con la prerrogativa del permiso sindical por esa simple razón. En*

este sentido, se considera que también, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, las normas que hacen parte de la Convención colectiva de trabajo deben establecerse y deben ser interpretadas de una forma que sea favorable a los trabajadores en este sentido, y como lo señaló desde el principio del in dubio pro operario. En este sentido, me permito señalar como referencia de sentencias, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala laboral del 4 de agosto 2009 radicado 35433, la sentencia del 23 de septiembre de 2009 radicado 23835 la sentencia del 15 de marzo de 2011 radicado 38750. Por otra parte, me permito señalar como fundamentos del recurso de apelación lo dispuesto en la recomendación 143 de la OIT que, si bien no hace parte de un convenio Internacional del Trabajo, lo cierto es que sí hace parte de la doctrina y de los parámetros que ha fijado el mismo Comité de libertad sindical para interpretar las garantías que comprenden el ejercicio de la libertad sindical, asociación sindical y negociación colectiva. En este sentido, me permito citar "Sobre la protección y facilidad que debe otorgársele a los representantes de los trabajadores de las empresas en el sentido de que estos deben disfrutar sin pérdida de salario y prestaciones u otras ventajas sociales del tiempo libre necesario para desempeñar las tareas de representación en la empresa y poder fijar límites razonables, al tiempo que se conceda para las mismas. Por otra parte, reiteró la citación de la sentencia T 464 de 2010 del magistrado ponente Jorge Iván Palacios, donde también hizo énfasis a los permisos sindicales remunerados como una de las facetas positivas del derecho de asociación sindical, y me permito citar el siguiente extracto de la sentencia "Como una manifestación de carácter incluyente de la Constitución Política, el artículo 38 garantizó el derecho de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en la sociedad. Este derecho de naturaleza fundamental ha sido entendido por la doctrina, según lo indicó esta corporación en la sentencia C - 865 de 2014, como la libertad o facultad autónoma de las personas para unir sus esfuerzos y recursos en aras de impulsar conjuntamente la realización de propósitos o finalidades comunes mediante la adopción para el efecto de distintas formas asociativas tales como la asociación corporaciones y sociedades y corporativas, etcétera. Del mismo modo, este tribunal precisó que en la referida decisión, que en el núcleo esencial del citado Derecho exige que esos ejercicios se garanticen en los distintos espacios o actividades de la sociedad sin más límites que aquellos derivados de la Constitución Política, los tratados internacionales de Derechos Humanos y la ley con el propósito de salvaguardar la privacidad del interés general, la licitud de las actividades en común y los derechos y libertades de los demás "y hasta en la citación que estaba realizando. Por otra parte, y relacionado con la interpretación que fue otorgada por parte del despacho frente a las declaraciones de los testigos, se presenta también y se sustentan el recurso de apelación en que se vista la interpretación de la misma, por cuanto dentro del criterio de este apoderado judicial se considera que dentro de los testimonios decretados a favor de la parte demandante es sí fue muy preciso y muy claros en señalar de que esta garantía del auxilio de alimentación para el caso de los trabajadores que tienen permiso sindical, a pesar de la de las diversas tipologías que puedan existir dentro del permiso sindical, lo cierto es que la empresa así lo reconoce para otros trabajadores y en el caso del trabajo de Jorge Adalberto, pues no existe ninguna justificación. Contrario a lo señalado, se considera que sí ha existido un reconocimiento para otros trabajadores, que ya sea que tengan un permiso sindical temporal dentro del auxilio de alimentación no existiría una justificación que permita colegir una interpretación distinta para justificar la no aplicación de dicho beneficio en el caso del trabajador Jorge Moreno Durán. En este sentido, me permito también señalar lo citado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 027 de 2021, en donde sea estipulado, digamos que una serie de reglas para la aplicación del principio de favorabilidad laboral y la interpretación de las convenciones colectivas en donde se puede extraer las siguientes reglas de interpretación que se señalan, que las convenciones colectivas han sido reconocidas como normas jurídicas y fuente formal del Derecho, por lo que existe un deber de interpretarse aplicando el principio del in dubio pro operario o de la favorabilidad en un sentido amplio. Asimismo, en cuanto al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política conforme al cual se establece que, en caso de duda o conflicto sobre la aplicación o interpretación de una norma o fuentes formales de Derecho, debe prevalecer la más favorable al trabajador. Asimismo, cuando se ha señalado que cuando existen dudas sobre el sentido o el alcance de una norma convencional frente a diversas interpretaciones que la misma pueda formularse, debe darse prioridad a aquellas que resulten ser más favorables para el trabajador en este sentido, pues se considera que en el fallo que es recurso de apelación no se dio aplicación al principio de favorabilidad en sentido amplio, conocido también como el principio del individuo pro operario por cuanto se considera que atendiendo primero para el contenido y el alcance de la norma del artículo 23 en el caso puntual de los trabajadores, que gozan de un permiso sindical independientemente de la tipología, no podía darse una interpretación distinta que fuera un detrimento de los derechos salariales y prestacionales del trabajador. En este sentido, su Señoría y pues por los argumentos

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: **(i)** que el demandante es trabajador de la sociedad TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. desde el 6 de julio de 2012, **(ii)** que el demandante se afilió a la organización sindical SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENERGÍA DE COLOMBIA – SINTRAELECOL el 04 de abril de 2014 y hace parte de la junta directiva de dicho sindicato en el cargo de secretario de educación y género, y **(v)** que el demandante goza de permiso sindical permanente desde el 16 de abril de 2018 (ver folios 33 a 75 archivo 01 trámite de primera instancia).

El Tribunal debe definir si el demandante tiene o no derecho al pago del auxilio de alimentación previsto en el artículo 23 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en la empresa.

El texto del artículo 23 de la convención establece lo siguiente: *“La EMPRESA le pagará al trabajador sindicalizado al beneficiario económico de la presente convención, un auxilio de alimentación no constitutivo de salario, por cada día efectivamente trabajado, de veintidós mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos m/cte (\$22.454.00). De conformidad con lo previsto en el art 128 del Código sustantivo de trabajo, las partes acuerdan expresamente que este beneficio no constituye salario en dinero o especie para ningún efecto laboral y se actualizará anualmente para el mes de enero, según la variación del IPC”.*

Revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia apelada pues del claro texto convencional se deduce que las partes en la negociación colectiva (sindicato y empleador) acordaron el pago del auxilio económico reclamado por días efectivamente trabajados, y durante un permiso sindical el trabajador no presta servicios *en favor* del empleador sino en favor de los trabajadores que representa, y por ello no se encuentra *trabajando*.

expuestos anteriormente, dejó sustentado mi recurso de apelación, solicitando pues amablemente al señor, pues él mismo se ha concedido para que sea estudiado por el Tribunal Superior Sala laboral, gracias su Señoría.”

El *trabajo* que regula el CST se define en el artículo 6º de ese compendio normativo (concordante con el artículo 23) como la actividad que ejecuta un *trabajador* en beneficio de su *empleador*.

En el caso presente, además, para resolver dudas interpretativas que se pudieran proponer sobre el concepto “*trabajado*” que se incorporó en el texto, fueron las mismas partes del acuerdo colectivo (sindicato y empleador) quienes le agregaron la calificación “*efectivamente*” *trabajado*, con lo cual dieron claridad plena al supuesto que se requiere para los pagos que reclama el demandante.

Advierte la Sala, para responder a los argumentos de apelación, que el principio de favorabilidad laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia obliga a acoger la interpretación más favorable al trabajador de una norma, cuando exista una *duda seria* y objetiva sobre su contenido (así lo ha dicho la Corte Constitucional²). Tal situación no ocurre con el texto que se analiza pues, según se dijo, fueron las mismas partes en la convención colectiva quienes describieron clara y expresamente el supuesto de hecho bajo el cual se causaría el derecho, y el demandante no se encuentra en ellos. Frente a la claridad del texto no se pueden establecer por vía interpretativa condiciones fácticas que no fueron contempladas para extender el beneficio a personas o situaciones que las partes en el acuerdo colectivo no señalaron.

No son útiles para llegar a una conclusión contraria los testimonios traídos al proceso, pues se trata de la interpretación de un texto escrito y esa función le corresponde al juez. De todas formas, del dicho de esas personas no se deduce que la empresa hay dado al texto normativo una aplicación diferente frente a otras personas, para poder concluir de ello un trato desigual con el demandante.

² T-334 de 2011 M.P NILSON PINILLA PINILLA- “Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha dicho esta corporación que para la aplicación de la favorabilidad, deben presentarse, además, dos elementos a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.”

COSTAS de la apelación a cargo del demandante.

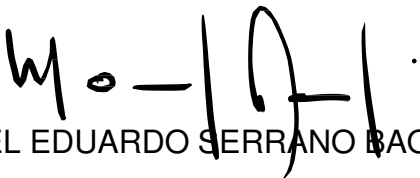
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 05 2022 00205 01
Omaira Abadía Rey vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE OMAIRA ABADÍA REY CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2023 por el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OMAIRA ABADÍA REY presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare *la nulidad y/o ineficacia* de la afiliación y traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente. En consecuencia, solicita se ordene a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES los aportes junto con sus rendimientos y a esta última recibirlos (ver demanda folios 1 a 18 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 05 2022 00205 01
Omaira Abadía Rey vs Colpensiones y otro.

Notificadas del auto admisorio, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN, acto que, en todo caso, se presume válido y que se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por lo que corresponde a la parte actora probar la existencia del vicio del consentimiento que alega. Además, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, lo que hace imposible para esa administradora tenerla como su afiliada pues ello iría en contravía del principio constitucional de la sostenibilidad financiera y acarrearía la descapitalización del fondo común. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, Cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 30 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La AFP PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda. Refiere que brindó una información adecuada, completa, integra, honesta, veraz, oportuna y suficiente sobre todas las características del régimen, la forma de constituir la pensión y sus diferencias con el RPM. Aduce que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación. Señala que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión. Formuló como excepciones de merito: *inexistencia de la*

EXP. 05 2022 00205 01
Omaira Abadía Rey vs Colpensiones y otro.

obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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 (ver contestación folios 01 a 31 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de septiembre de 2023 mediante la cual el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora OMAIRA ABADÍA REY, a través de COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que traslade a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES, a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar la historia laboral. TERCERO: SIN COSTAS en este proceso. CUARTO: EN CASO de que no fuera apelado, consúltese, con el superior a favor de COLPENSIONES.”* (Audiencia virtual, récord 38:15, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

EXP. 05 2022 00205 01
Omaira Abadía Rey vs Colpensiones y otro.

En el recurso, COLPENSIONES S.A. pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Insiste que se debe tener en cuenta la prohibición legal de traslado en la que se encuentra inmersa la demandante. Dice que no aplica la jurisprudencia de la Corte Suprema como quiera que la motivación de la demandante en este proceso es el valor de la mesada mas no la falta al deber de información¹ (Audiencia virtual, récord 40:00, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

¹ “Interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir para solicitarle al honorable tribunal a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá en la especialidad sala laboral la revoquen en su integridad por las siguientes razones: insiste este apoderado judicial y bueno se encuentra en descontento con la sentencia del a quo respecto al papel que cumple Colpensiones en este tipo de procesos y las razones por las cuales ha sido declarada la ineficacia del traslado en primera medida no comparte este apoderado judicial la no aplicación que hace el despacho del artículo 2 de la ley 797 del 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, esto es la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa la demandante porque si bien el despacho aduce que en este caso la ineficacia del traslado desacredita la aplicación de esta norma, lo cierto es que Colpensiones pues se ha opuesto a todo en juicio a la declaratoria de ineficacia en tal sentido al argumentar Colpensiones que la declaratoria ineficacia no da lugar toda vez que en este preciso caso no se acredita la falta del deber de la información sino simplemente se arguye el descontento de la demandante con el valor de su mesada pensional la aplicación de la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa la demandante debería hacerse de manera inmediata más aún cuando esto no es un término prescriptivo o extintivo de derechos pues como quiera que la demandante cumpla los requisitos en uno u otro régimen será pensionada por vejez de tal manera, señores magistrados al haber sido demostrado por Colpensiones por medio de la confesión de la demandante de querer retornar al régimen de prima media con prestación definida para incrementar el valor de su mesada pensional y no por la falta del deber de la información el derrotero plasmado y la reiterada y pacífica jurisprudencia de la corte suprema de justicia respecto a declaratoria ineficacia, el traslado no aplica en este preciso caso y por esa razón Colpensiones debe ser absuelta de todas las pretensiones que se han incoadas en contra suya hasta aquí mi recurso su señoría, muchas gracias..”

EXP. 05 2022 00205 01
Omaira Abadía Rey vs Colpensiones y otro.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 44² años de edad y había cotizado 394,57³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 7 años 6 meses y 22 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad para adquirir el derecho

² Nació el 24 de diciembre de 1954, folio 23-24, archivo 02.

³ Historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales folio 106 a 107 Archivo 07.

⁴ Historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales folio 106 a 107 Archivo 07.

EXP. 05 2022 00205 01
Omaira Abadía Rey vs Colpensiones y otro.

a la pensión (tenía 67 años de edad- ver folios 23 y 24 del archivo 02 y archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{5, 6}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso,*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 05 2022 00205 01
Omaira Abadía Rey vs Colpensiones y otro.

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

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

EXP. 05 2022 00205 01
Omaira Abadía Rey vs Colpensiones y otro.

estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, cuando laboraba en la Universidad Nacional, recibió una asesoría grupal en donde les informó que el ISS iba a acabar y que debían trasladarse al fondo privado, sin embargo, nada informaron sobre el funcionamiento del RAIS, y tampoco sobre las diferencias con el RPM (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2023, récord 7:30).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos frutos e intereses, pero se adicionará para ordenar a esa administradora que proceda a la devolución de los gastos de administración y montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación debidamente indexados. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración

EXP. 05 2022 00205 01
Omaira Abadía Rey vs Colpensiones y otro.

de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. devolver, debidamente indexados, los gastos de administración y los seguros previsionales pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 05 2022 00205 01
Omaira Abadía Rey vs Colpensiones y otro.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 05 2022 00340 01
Nayibe Saad Domínguez Contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NAYIBE SAAD DOMÍNGUEZ CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, la sentencia dictada el 24 de julio de 2023 por el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NAYIBE SAAD DOMÍNGUEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado mediante la afiliación a COLFONDOS. Pide que se ordene a dicha administradora devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados, junto con los gastos de administración durante el tiempo que estuvieron en dicha administradora, y se ordene a COLPENSIONES recibir las cotizaciones devueltas y reactivar su afiliación declarando para todos los efectos legales que siempre ha

EXP. 05 2022 00340 01

Nayibe Saad Domínguez Contra Colpensiones y otros.

permanecido en el RPM, y efectuar la corrección de su historia laboral (ver demanda folios 1 a 29 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a COLFONDOS, acto que, en todo caso, se presume válido y se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por lo que corresponde a la parte actora probar la existencia del vicio del consentimiento que alega. Además, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, lo que hace imposible para esa administradora tenerla como afiliada pues ello iría en contravía del principio constitucional de sostenibilidad financiera y acarrearía la descapitalización del fondo común. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la innominada o genérica* (ver contestación folios 02 a 31 archivo 06, primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que brindó a la demandante asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones que tenía la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras, incluyendo características, funcionamiento, diferencias, ventajas, desventajas y la rentabilidad de los aportes en el RAIS. Con base en ella la demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre con consentimiento expreso como lo exige el

EXP. 05 2022 00340 01

Nayibe Saad Domínguez Contra Colpensiones y otros.

artículo 11 del Decreto 692 de 1994. En todo caso, advierte que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las que denominó *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago* (ver contestación folios 02 a 20, archivo 08, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de julio de 2023 mediante la cual el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS S.A no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Negó la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales porque se tratan de recursos que se destinaron al objeto legal y se recibieron de buena fe.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora NAYIBE SAAD DOMÍNGUEZ, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de COLFONDOS S.A., inclúyase como agencias en derecho, la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes. CUARTO: EN CASO de que este fallo no fuera apelado, consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES”* (Audiencia virtual, récord 47:10, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 05 2022 00340 01
Nayibe Saad Domínguez Contra Colpensiones y otros.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES solicita que se condene también al fondo de pensiones COLFONDOS a trasladar el porcentaje de seguros previsionales y gastos de administración, conforme lo establecido en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicado del 8 de septiembre de 2008, SL 1595 del 2017, SL 4989 de 2018 y la SL 1421 de 2019 radicado 42174¹ (Audiencia virtual, récord 48:05 archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que*

¹ “si su señoría me permito interponer el recurso de apelación de manera parcial, el cual sustento de la siguiente manera solicitándole al honorable tribunal revocar de manera parcial el fallo proferido en primera instancia solamente en lo concerniente a que se condene al fondo de pensiones Colfondos a trasladar el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración a mi representada pues esto atendiendo a las sentencias de la corte suprema de justicia, sl del 8 de septiembre de 2008, sl 1595 del 2017, sl 4989 del 2018, sl 1421 de 2019, radicado 56174 en esto, pues, reiteró al honorable tribunal la revocatoria de la sentencia de manera parcial muchas gracias su señoría”

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 40² años de edad y había cotizado 645³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de servicios (tenía 7 años, 1 meses y 13 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada ya había alcanzado la edad mínima de acceso a la pensión (tenía 62 años de edad- ver folios 40 del archivo 02 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

² Nació el 16 de enero de 1960, folio 40 archivo 02.

³ Ver historia laboral de Colfondos folio 59 archivo 08

⁴ Ibidem

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces,*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraban o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que en una asesoría que duró cerca de 10 o 15 minutos, el representante del fondo le indicó que el ISS se iban a acabar y que le convenía trasladarse al fondo privado, además, que iba a tener

EXP. 05 2022 00340 01

Nayibe Saad Domínguez Contra Colpensiones y otros.

una mejor pensión, pero no se le informó sobre los riesgos y las desventajas del traslado al RAIS (Audiencia virtual del 24 de octubre de 2023, récord 25:53).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP COLFONDOS la devolución de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, pero se adicionara para ordenar que proceda a la devolución de los gastos de administración, comisiones y montos de los seguros previsionales debidamente indexados descontados durante la afiliación, pues así lo tiene definido la Corte en la jurisprudencia que se sigue como precedente (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ello implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷), los cuales se deben

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 05 2022 00340 01
Nayibe Saad Domínguez Contra Colpensiones y otros.

devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

SIN COSTAS en esta instancia

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a COLFONDOS S.A. devolver las primas de seguros previsionales y los gastos de administración debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 05 2022 00340 01
Nayibe Saad Domínguez Contra Colpensiones y otros.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO CONTRA
LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
PARAFISCAL UGPP**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante ad excludendum MYRIAM LUCERO CERÓN y por la UGPP, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 24 de mayo de 2023 por el Juez Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se reconoció pensión de sobrevivientes en favor de la demandante y se negaron las pretensiones incoadas por la interviniente ad excludendum.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca en su favor pensión de sobrevivientes por la muerte del pensionado VÍCTOR AYALA REYES, junto con el retroactivo causado desde que se suspendieron los pagos (1 de diciembre de 2017), los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que contrajo matrimonio católico con VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) el 21 de enero de 1978 acto que fue

registrado en la Notaria 18 del Círculo de Bogotá en cuya acta hay nota marginal de separación de bienes más no de divorcio. Afirma que fruto de la unión se procrearon tres hijos DIANA CRISTINA, ANDREA PATRICIA y LEONARDO FABIO AYALA BELTRÁN quienes son mayores de edad hoy en día. Señala que VÍCTOR AYALA REYES falleció el 20 de julio de 2013 y convivió con él desde el año 1977 hasta el deceso del causante, pues siempre compartieron techo, lecho y mesa. Informa que el 13 de agosto de 2013 radicó solicitud de reconocimiento pensional ante la UGPP quien mediante resolución No. REDP045629 de 1 de octubre de 2013 la reconoció; sin embargo, el 11 de octubre de 2013 MYRIAM LUCERO CERON solicitó el reconocimiento pensional con el argumento de ser compañera de VÍCTOR AYALA REYES (QEPD), solicitud que le fue negada por la UGPP inicialmente. Frente a una nueva solicitud presentada por MYRIAM LUCERO CERÓN el 12 de octubre de 2017, que también fue negada mediante resolución RDP042855 de 2017, se ordenó la suspensión de pago de las mesadas hasta que la justicia definiera el conflicto de beneficiarias (ver demanda, folios 3 a 8 y subsanación folio 53 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda compareció la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP y la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando de forma genérica que el reconocimiento exige prueba de convivencia en los últimos cinco años con el causante y de los demás supuestos que contempla la Ley y la controversia de beneficiarias se debe definir en la justicia ordinaria. Propuso como excepciones de mérito las que denominó *innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y buena fe* (ver contestación folios 2 a 26 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto de fecha 14 de diciembre de 2018 (folio 99 archivo 01 trámite de primera instancia) se ordenó la vinculación al proceso de MYRIAM LUCERO CERON como interviniente *AD EXCLUDEMDUM*, quien contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y prescripción (ver página 139 a 156 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia). Presentó además demanda de intervención excluyente (archivo 02 trámite de primera

instancia) en contra de la demandante MARÍA ELENA BELTRÁN BARETO y de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, con el fin que se le asigne a ella el derecho a pensión de sobrevivientes en el 100% desde el 20 de julio de 2013 por haber sido compañera permanente de VÍCTOR AYALA REYES.

Como fundamento de sus pretensiones aduce que VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) era pensionado desde el 16 de julio de 2000 y falleció el 20 de julio de 2013, y que la UGPP le reconoció la prestación a MARÍA ELENA BELTRÁN BARETO equivocadamente, pues fue ella quien convivió con causante como compañera permanente entre el 16 de marzo de 1995 y el 20 de julio de 2013. Aduce que ante el Juzgado 16 de Familia de Bogotá se tramitó el proceso ordinario de constitución disolución y liquidación de unión marital de hecho en el cual se *declaró la existencia de una unión marital de hecho desde el 16 de marzo de 1995 y hasta el 20 de julio del año 2013 entre MYRIAM LUCERO CERÓN y VÍCTOR AYALA REYES* y por ende la existencia de la sociedad patrimonial de hecho del 9 de julio de 1997 y el 20 de julio de 2013. Señala que elevó varias solicitudes ante la UGPP para que se abstuviera de reconocer y pagar la sustitución pensional hasta tanto se obtuviera sentencia dentro del proceso de declaración de unión marital de hecho, y puso de presente a la entidad la existencia de la nota marginal de separación de bienes en el registro civil de matrimonios de MARÍA ELENA BELTRÁN. Dice que ante el Juzgado 11 de Familia de Bogotá cursó el proceso de separación de bienes propuesta por el causante como demandante en el cual se invocó como causal la *separación de hecho* por más de dos años. Además, hay una declaración extraprocesal rendida por VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) el 16 de marzo de 2013 en la que manifiesta, bajo la gravedad de juramento, que convive en unión marital de hecho con ella, lo que contradice el dicho por MARÍA ELENA BELTRÁN. Precisa que conforme el trámite surtido ante los jueces de familia, MARÍA ELENA BELTRÁN no convivió con el causante en los últimos cinco años anterior al deceso. Considera que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Admitida la demanda de la interviniente y corrido el traslado correspondiente, la UGPP la contestó. Se opuso a las pretensiones formuladas con las mismas

razones esgrimidas respecto de la demandante principal, y presentó las mismas excepciones (folios 160 a 166 archivo 01 trámite de primera instancia).

De igual manera, MARÍA ELENA BELTRÁN, por medio de su apoderada, contestó la demanda de la interviniente. Se opuso a las pretensiones formuladas aduciendo que la interviniente no formó parte del grupo familiar del pensionado y no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, pues no estaba haciendo vida marital con el causante para la fecha del fallecimiento. Propuso como excepciones de fondo las que denominó *existencia del vínculo, así como de la ayuda y socorro mutuo, falta de legitimación en la causa por activa, ausencia de requisitos esenciales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y mala fe de la demandante* (folios 160 a 166 archivo 01 trámite de primera instancia).

A este expediente se acumuló el proceso de radicación 21 2018 00586 00, en el cual la aquí interviniente excluyente MYRIAM LUCERO CERÓN presentó demanda contra la UGPP para que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes, a partir del 20 de julio de 2013, en cuantía del 100%, fecha del deceso de su compañero permanente VÍCTOR AYALA REYES (QEPD), debidamente indexada, con los reajustes de ley, los intereses moratorios y las mesadas adicionales. A dicho proceso se vinculó MARÍA ELENA BELTRÁN como interviniente *ad excludendum*. Las demandas tienen iguales pretensiones y fueron contestadas en similares términos.

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de mayo de 2023 mediante la cual el Juez Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que la demandante MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO tiene derecho por sustitución pensional a la pensión que devengaba VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) en cuantía del 100%, desde el 20 de julio de 2003, y NEGÓ las pretensiones elevadas por MYRIAM LUCERO CERÓN, en consecuencia dejó sin efecto la resolución RDP042855 del 16 de noviembre de 2017 y ordenó reanudar el pago de la prestación. Para tomar su decisión, no encontró en los medios probatorios acopiados prueba de convivencia de ninguna de las reclamantes con el causante durante el año anterior a su fallecimiento, no obstante, tuvo en cuenta que MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO era la

cónyuge y acreditó convivencia por 18 años transcurridos entre el matrimonio y la separación de bienes.

La parte resolutive de dicha decisión tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: declarar que la demandante MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO, tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional del causante VÍCTOR AYALA REYES, en cuantía del 100% de la mesada pensional desde la fecha de su fallecimiento, 20 de julio del 2013, SEGUNDO: se niegan las pretensiones de la demanda ad excludendum promovida por la señora MYRIAM LUCERO CERÓN. TERCERO: se deja sin valor ni efecto la resolución RDP 042855 el 16 de noviembre de 2017, en el cual se suspendió el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a favor de la señora MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO. CUARTO: ordenar a la UGPP a reanudar el pago a favor de la señora demandante de MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO de la sustitución pensional, a partir del día siguiente de la suspensión del pago de ese derecho, conforme a las consideraciones de esta sentencia, el retroactivo correspondiente debe ser debidamente indexado hasta la fecha en que se reactive su inclusión en nómina e igualmente la UGPP queda autorizada para realizar los descuentos a salud con destino a la entidad de salud donde se encuentre afiliada la señora demandante MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO. QUINTO: dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por la UGPP y la señora MYRIAM LUCERO CERÓN respecto a la demanda principal, y se declaran probadas las excepciones propuestas por la demandante y la UGPP respecto a la demanda AD EXCLUDEMDUM interpuesta por la señora MYRIAM LUCERO CERÓN. SEXTO: Se niega la pretensión de condena contra el UGPP para el pago de intereses moratorios. SÉPTIMO: En cuanto a condena en costas, las costas dentro del trámite procesal, debe pagarlo la demandante AD EXCLUDEMDUM MYRIAM LUCERO CERÓN y a favor de la UGPP, y de la demandante MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO, las agencias en derecho estaban en un salario mínimo legal mensual vigente a favor de cada uno a la fecha del pago. OCTAVO: Ordénese la consulta de esta sentencia a favor de la UGPP como entidad garantizada por la Nación y a favor de la demandante AD EXCLUDEMDUM por haber sido sus pretensiones totalmente negadas dentro del trámite procesal.*” (Audiencia virtual, archivo 46 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 55:36).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante excluyente MYRIAN LUCERO CERÓN pide que se revoque la sentencia de primera instancia y le sea reconocida la prestación de sobrevivientes. Afirma que se probó documentalmente la convivencia dentro de los 5 años anteriores al deceso del causante¹ (Audiencia virtual, archivo 46 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:02:31).

La UGPP también interpuso recurso de apelación. Afirma que se encuentra probado que el causante se encontraba pensionado al momento del deceso, y que MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO y el causante disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal, además la compañera permanente no acreditó convivencia por el término de 5 años con antelación al deceso del causante; en consecuencia, se le debió absolver de las pretensiones de reconocimiento de la prestación. El causante no tuvo una comunidad de vida ni con la demandante ni con la vinculada, pues las pruebas demuestran que estuvo en la casa de su progenitora, sin el apoyo de ellas hasta cuando murió. Frente a las costas manifiesta estar conforme con la absolución² (Audiencia

¹ “Señor juez interpongo recurso de apelación contra la sentencia emanada por su despacho por no estar conforme con lo esbozado dentro de la misma. Primero en mi poderdante ha probado documentalmente dentro del proceso que efectivamente convivió con el señor Víctor Ayala Reyes dentro de los 5 años anteriores a su muerte he igualmente existen documentos públicos y sentencias emanadas por el juez de la República, como es la Unión marital De hecho donde se ventiló la Unión marital De hecho, la estabilidad familiar, la que vivían continuamente. De hecho, lecho y mesa, Así mismo, el hecho de que la señora MYRIAM LUCERO CERÓN se haya ausentado por el término de un mes en viajar no significa que se haya acabado o se haya disuelto la sociedad matrimonial y patrimonial que tenía Mi poderdante Myriam Lucero Cerón Las pruebas aportadas no fueron valoradas integralmente, como debieron ser valoradas. Por consiguiente, señor juez. Presentaré, sustentaré y reforzaré esta apelación. Ante el inmediateamente superior por no estar conforme con los argumentos usados por su Señoría en esta sentencia.”

² “me permito muy respetuosamente interponer recurso de apelación en contra de la presente providencia solicitando Desde ya se revoque la sentencia por parte del honorable Tribunal Superior de Bogotá y se absuelva a mi representada UGPP de todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las siguientes razones en el presente proceso se encuentra probado. Por lo tanto, no es cuestión de recurso que el de cujus el señor Víctor Ayala Reyes, que en paz descanse, falleció el 20 de julio al 2013. Que la norma aplicable al caso en particular es la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2013 y que el de cujus tuvo la calidad de pensionado al momento de fallecer. Segundo, esta parte procesal no está de acuerdo que se tenga aprobado sin estarlo que la señora María Elena Beltrán Barreto continúe ostentando la calidad de cónyuge, lo anterior porque lo que realmente se encuentra aprobado es que la demandante y el de cujus disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal. Por lo tanto, la demandante realmente ostentaría la eventual calidad de compañera permanente. Entonces, conforme con la ley y la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral tiene que demostrar que haya convivido con el fallecido no menos de 5 años

virtual, archivo 46 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:02:31).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia que VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) falleció el 20 de julio de 2013 (ver página 11 archivo 01) y para ese momento recibía pensión reconocida por CAJANAL mediante la Resolución No. 8281 del 9 de abril de 2001.

continuos. con anterioridad a su muerte y no en cualquier tiempo, lo que para esta parte procesal no se encuentra aprobado ni en el trámite administrativo ni en el proceso ni en el presente proceso judicial. Tercero, aunado a lo anterior, esta parte procesal se encuentra conforme con el no reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a intervinientes viviente de la señora MIRIAM LUCERO CERON, toda vez que no se encuentra demostrado todos y cada uno de los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes con causa de la muerte del señor Víctor Ayala Reyes, que en paz descansa, es decir, no probó que haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte y no en cualquier tiempo, toda vez que tampoco ostenta la calidad de cónyuge. Cuarto, lo que realmente se encuentra aprobado en el proceso es que tanto la demandante y la interviniente excluyente con los documentos que obran en el expediente de los interrogatorios de parte y los testimonios no convivieron con el señor Víctor Ayala Reyes, que en paz descansa y no se evidenció que existiera una convivencia como la entiende la honorable Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral, es decir, entendida como la Comunidad de vida forjada en el crisol del amor responsable La ayuda mutua, el efecto entrañable, el apoyo económico y resalto la asistencia y solidaria y el acompañamiento espiritual, el apoyo económico, resalto la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable a la par de una convivencia real y efectiva durante los años anteriores al fallecimiento del señor Víctor Ayala Reyes, que en paz descansa lo que en el proceso se prueba es que el señor pasó gran tiempo de su vida en casa de su madre Y no con las demandantes, estas no brindaron la asistencia solidaria. No existe un verdadero proyecto de vida responsable y estable, como se encuentra aprobado La norma y la jurisprudencia no es caprichosa a exigirle al cónyuge y la compañera permanente la convivencia de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del causante. Téngase en cuenta que para el presente caso los 5 últimos años fueron los que más necesito de la ayuda mutua. La asistencia de solidaria, el acompañamiento espiritual, ya sea de la cónyuge o de la compañera permanente, lo cual no se probó. El señor Víctor murió en casa de su madre sin el apoyo de estas. Así, lo que se evidencia por esta parte procesal es que de los interrogatorios de parte y de los testimonios no se puede llegar a una verdad verdadera, no ofrecen seguridad y certeza a esta parte procesal. No le son suficientes las declaraciones y manifestaciones rendidas ante este despacho No se puede probar la convivencia entre la demandante y el señor Víctor y entre la interviniente excluyente y el de cuyos, en ese orden de ideas no se puede inferir de manera lógica que la parte demandante y la interviniente excluyente sean beneficiarias de la prestación pretendida Toda vez que no hay prueba alguno que acredite la convivencia en un periodo de 5 años anteriores al fallecimiento del señor Víctor Ayala Reyes Finalmente me permito. Manifestar que esta parte procesal se encuentra de acuerdo en que no se haya condenado a la A mi representada el UGPP al pago de costas. Agencias en derecho e intereses moratorios, toda vez que conforme la Ley 1204, el 2008, la cual enseña que en caso de controversia entre posibles y potenciales beneficiarios, la pensión de sobrevivientes será la el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, será la jurisdicción ordinaria, en este caso la laboral, quien deberá resolver tal situación y a quien le corresponde el derecho Por lo tanto, solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá Se revoque la sentencia de primera instancia conforme los argumentos que acabo de exponer, muy respetuosamente, dejó sustentado el recurso de apelación."

El Tribunal debe definir si se causó o no el derecho a pensión de sobrevivientes (por sustitución pensional) que reclaman MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO y MYRIAM LUCERO CERÓN.

Para resolverlo el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, al cónyuge o la compañera o al compañero permanente supérstite del pensionado(a), si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido por un período no inferior a cinco (5) años anteriores al fallecimiento. La carga de demostrar estas situaciones la tiene la parte que alega el hecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., y las pruebas que acrediten convivencia por el lapso referido deben ser claras y suficientes pues en este tipo de pensión –ha dicho la Corte- se protege únicamente a quienes integraron y construyeron el grupo familiar del que formaba parte el afiliado o el pensionado y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO).

Sobre el requisito de convivencia cuando existe cónyuge con separación de cuerpos, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que el esposo o la esposa pueden reclamar la prestación si demuestran convivencia por 5 años en cualquier época dentro del matrimonio³, al margen de que exista compañero o compañera permanente con quien se dispute la prestación pensional en el momento del fallecimiento⁴. Sin embargo, la norma exige que la sociedad conyugal se encuentre vigente o no disuelta (inciso segundo literal B, artículo 13 de la Ley 797 de 2003), pues si bien la separación de cuerpos implica el distanciamiento en la vida afectiva de la pareja que integró una familia, bien puede subsistir la *comunidad económica* de vida y este hecho se expresa jurídicamente con la subsistencia de la sociedad conyugal, pese al distanciamiento físico.

³ Sentencia del 5 de junio de 2012 de la Sala Laboral de la CSJ rad 42631 MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE.

⁴ Sentencia del 24 de enero de 2012 de la Sala Laboral de la CSJ rad 41637 MP ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sobre la vigencia y contenido de la norma referida, la sentencia C-515 de 2019 dispuso, con efectos de Cosa Juzgada Constitucional y por ello de obligatorio acatamiento para todos los jueces, que el requisito señalado se encuentra vigente, y explicó que con ello *“el legislador optó por desplazar el criterio de convivencia, por el de vigencia o no de la sociedad conyugal”*. Se declaró constitucional el aparte normativo advirtiendo que el *“requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea, y el mismo corresponde con: (i) la amplia potestad de configuración del legislador en materia pensional; y (ii) los efectos que se derivan de la Constitución y la disolución de la sociedad conyugal, sobre las pensiones como derecho a suceder del cónyuge supérstite”* (sentencia C-515 de 2019, M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO).

Con estas reglas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado en conjunto la totalidad del acervo probatorio arrimado al trámite y practicado en audiencias, la Sala revocará la decisión de primera instancia que reconoció como beneficiaria de la sustitución pensional a la demandante y absolverá a la UGPP de todas las pretensiones incoadas, pues (i) la sociedad conyugal del causante con MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO se encontraba disuelta para la fecha del deceso y no se demostró convivencia como pareja para la época del óbito conformando un núcleo familiar estable identificado por *lazos de afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*; y frente a (ii) MYRIAM LUCERO CERÓN no se demostró convivencia con la causante dentro de los 5 años previos a la muerte del causante.

(i) Frente a la primera conclusión resulta claro de los documentos aportados que la sociedad conyugal que existió entre la demandante y VICTOR AYALA REYES se liquidó desde el año 1997. Si bien la demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó no haber tenido conocimiento del proceso contencioso de separación de bienes que instauró VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) y cursó en el Juzgado 11 de Familia de Bogotá, al plenario se aportó una copia del *“ACTA DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DENTRO DEL PROCESO DE SEPARACIÓN DE BIENES DE VÍCTOR AYALA REYES CONTRA MARÍA HELENA BELTRÁN BARRETO”* de fecha 08 de julio de 1997, que da cuenta del trámite referido y que éste finalizó con el decreto de

separación de bienes y declaración de disolución de la sociedad conyugal (folios 441 a 447 archivo 28). Aunado a ello se trajo al proceso el registro civil de matrimonios con la nota marginal que da cuenta de que dicha *separación de bienes* ante el juez de familia (folios 09 y 10 archivo 01).

Frente a eventual convivencia posterior a la liquidación de la sociedad conyugal, la Sala encuentra prueba clara de que al menos en el último año de vida el causante no hubo convivencia con la demandante ni se demostró que existiera con ella un núcleo familiar estable identificado por *lazos de afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*. Es la misma demandante quien reconoce que había distanciamiento físico, hecho que ratificaron ANDREA PATRICIA, y DIANA CRISTINA AYALA BELTRÁN hijas de la pareja, y los testigos VÍCTOR JULIO SÁNCHEZ TORRES y LUIS HERNANDO MACIAS ESPINOSA quienes indicaron que en el último año de vida de VÍCTOR AYALA se fue a vivir al barrio LUCERNA con su progenitora y los sobrinos, y que vivió allí hasta la fecha de su muerte.

Frente a los testimonios que pretenden demostrar convivencia para la fecha del óbito se deben tener en cuenta varias inconsistencias en las declaraciones de MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO, ANDREA PATRICIA y DIANA CRISTINA AYALA BELTRÁN, VÍCTOR JULIO SÁNCHEZ TORRES y LUIS HERNANDO MACIAS ESPINOSA. Los testigos ANDREA PATRICIA y DIANA CRISTINA AYALA BELTRÁN hijas de la demandante se esforzaron por llevar al juez al convencimiento de que existió convivencia entre sus padres hasta el fallecimiento del causante, sin embargo, fue la misma demandante quien afirmó que visitaba a VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) en casa de su progenitora y que dichas visitas no eran regulares. Tampoco hay un relato consistente sobre los cuidados que pudo brindar la demandante al causante durante la enfermedad ni de apoyo moral y/o económico, menos aún hay evidencia de una comunidad de vida afectiva o económica con él como familia. MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO dijo que para el momento del fallecimiento se encontraba en su casa en el barrio ROMA, ANDREA PATRICIA dijo que su madre se encontraba en casa de la abuelita, y en contravía de estas afirmaciones VÍCTOR JULIO SÁNCHEZ TORRES dijo que el causante falleció en una clínica. En el dicho de DIANA CRISTINA, quien aseguró visitar a su padre todos los días en las tardes en casa de la abuelita

ninguna mención se hace de la compañía de la demandante. De todas formas, y aunque no existieran las inconsistencias que impiden una valoración favorable de estos testimonios, lo cierto es que no se demostró que pese al distanciamiento físico del causante con la demandante MARIA ELENA BELTRAN BARRETO hubiera, en la época de la muerte un núcleo familiar estable identificado por *lazos de afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*, requisito esencial para el acceso a la prestación reclamada.

(ii) Frente a MYRIAM LUCERO CERÓN quien alega la condición de compañera permanente del causante hasta la fecha de su deceso -20 de julio de 2013- y haber iniciado la convivencia a partir de 1997, no se probó convivencia en los últimos 5 años de vida del causante. Como ya se dijo, las testigos ANDREA PATRICIA y DIANA CRISTINA AYALA BELTRÁN, hijas del causante, así como VÍCTOR JULIO SÁNCHEZ TORRES y LUIS HERNANDO MACIAS ESPINOSA fueron contestes en señalar que el último año de vida el causante vivió en el barrio LUCERNA con su progenitora.

Aunado a ello, MYRIAM LUCERO CERÓN dijo que viajó a los Estados Unidos el 5 de abril de 2013 y que desde esa fecha VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) se fue a vivir en el barrio LUCERNA con su madre. Coincidieron los testigos en señalar que el tiempo de la enfermedad que lo llevó a su muerte lo pasó en la casa de su madre, y que fue allí donde recibió los cuidados de sus familiares. La demandante excluyente MYRIAM LUCERO CERÓN afirmó que una vez regresó de un viaje al exterior -5 de mayo de 2013- estuvo pendiente de los cuidados de VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) y que en el momento de su último suspiro estaba con él, sin embargo, reconoce que el causante vivía en la casa de la progenitora y que fue allí donde recibió los cuidados que necesitó en la enfermedad de parte de su madre, hijos y sobrinos. Es de resaltar que la única de los testigos que dio cuenta del estado de salud del causante de manera detallada fue la hija DIANA CRISTINA AYALA BELTRÁN.

No se aportó por parte de MYRIAM LUCERO CERÓN medio probatorio alguno que dé cuenta de convivencia, apoyo moral, espiritual y económico, o de una comunidad de vida entre ella y VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) en la época de la muerte. Por su parte ANDREA PATRICIA -hija del causante- dijo que vio

alguna vez a la interviniente en la casa de la abuelita, y DIANA CRISTINA -hija del causante- dijo que la veía en el círculo de amigos de su padre y en la casa de la abuelita donde visitaba al causante como amiga. Los demás testimonios poco aportan de utilidad sobre convivencia de la pareja. Tampoco sirve para el efecto la declaración extrajuicio que aduce la interviniente sobre convivencia con VICTOR AYALA REYES pues dicho documento no fue allegado al plenario y no existe otro medio probatorio que corrobore tales afirmaciones. Tampoco se acredita convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento del causante (entre julio de 2008 y julio de 2013) con la sentencia proferida por el Juzgado 16 de Familia de Bogotá dentro del proceso ordinario de unión marital de hecho, en la cual se declaró la existencia de esa unión marital entre MYRIAM LUCERO CERÓN y VÍCTOR AYALA REYES (QEPD) desde el 16 de marzo de 1995 hasta el 20 de julio de 2013 (folios 31 a 39 archivo 18 trámite de primera instancia), porque la liquidación de un *unión marital de hecho* (efectos patrimoniales) no implica que haya existido convivencia hasta la fecha en que se declara su terminación; para acceder a la pensión por sobrevivencia se requiere, precisamente, convivencia efectiva y la integración -se insiste- de núcleo familiar estable identificado por *lazos de afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que las previsiones de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 que reglamentan la *unión marital de hecho*, “no puede aplicarse en materia de pensión de sobrevivientes no sólo porque al delimitar su objeto dicha ley lo restringe a “los efectos civiles» que no de la seguridad social, sino porque la noción de *compañero permanente para determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes, se encuentra definida en el artículo 29 del Acuerdo 049 de 1990*” (Sentencia del 25 mayo de 2010, radicado 33136)

En conclusión, las pruebas aportadas al expediente evidencian claramente i) que la sociedad conyugal del causante con MARIA ELENA BELTRAN BARRETO fue liquidada; ii) que después del matrimonio el causante convivió con MYRIAM LUCERO CERÓN y de dicha relación surgieron los efectos de patrimoniales de una unión marital de hecho, que fue liquidada; y iii) que no había convivencia del causante con ninguna de las personas que reclaman la sustitución de la pensión, en la época del óbito, pues con ninguna de ellas se demostró la existencia de un núcleo familiar estable identificado por *lazos de*

afecto, sentimiento, apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, requisito esencial en las condiciones señaladas para poder acceder a la pensión reclamada, pues la sociedad conyugal con la esposa se había liquidado y existió convivencia del causante con otra persona.

Por el resultado del proceso, las costas de primera instancia corren a cargo de las demandantes MYRIAM LUCERO CERÓN y MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO.

Sin condena en costas de segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia apelada.
2. **ABSOLVER** a la UGPP de todas las pretensiones incoadas en este proceso.
3. **COSTAS** de primera instancia a cargo de las demandantes MYRIAM LUCERO CERÓN y MARÍA ELENA BELTRÁN BARRETO.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada
Salvo voto parcial

EXP. 07 2022 00248 01
Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JAIRO RAÚL PIÑEROS CHÁVEZ CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 19 de octubre de 2023 por el Juez Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JAIRO RAÚL PIÑEROS CHÁVEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia y/o nulidad* de su afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de PORVENIR, así como del posterior traslado a PROTECCIÓN, por existir engaño y asalto a su buena fe al momento de los traslados. En consecuencia, pide que se condene a PROTECCIÓN a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos

EXP. 07 2022 00248 01

Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus frutos e intereses, y se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, validar los aportes en su historia laboral y se tenga que el demandante siempre ha estado válidamente afiliado en el RPM (ver demanda folios 1 a 16 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La AFP PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones, declaraciones y condenas de la demanda, con fundamento en que la afiliación realizada por el demandante el 10 de marzo de 1997 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, después de recibir información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del RAIS, conforme a las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993 como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico y que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993. Sostiene que no es procedente la declaratoria de ineficacia del artículo 271 de la ley 100 de 1993 que sólo es aplicable a situaciones dolosas las cuales que no se acreditan ni se alegan en la demanda, y en todo caso, al demandante le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito las que denominó *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, excepción genérica* (ver contestación folios 03 a 24, archivo 08, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que al expediente no se aporta prueba que acredite que al demandante se le hubiese hecho incurrir en algún error por falta al deber de información por parte de la AFP o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Tampoco alguna nota de protesta que permita inferir con *probabilidad de certeza* que se encontraba inconforme con el régimen al que estaba afiliado. Por el contrario, las pruebas documentales dan cuenta de que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, *sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas*. Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no es

EXP. 07 2022 00248 01

Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica* (ver contestación folios 03 a 43 archivo 09, trámite de primera instancia).

La AFP PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda que la involucren, afirma que el traslado se hizo mediante un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se prueba con el formulario de afiliación suscrito por el demandante de forma libre y espontanea, con el cual se formalizó su vinculación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y generó derechos y obligaciones pues cumplió los requisitos previstos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación pues está consagrada en la ley 100 de 1993. Propuso en su defensa, las excepciones de mérito que denominó *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica* (ver contestación folios 03 a 27 archivo 12, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de octubre de 2023 mediante la cual el Juez Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que

EXP. 07 2022 00248 01

Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el señor JAIRO RAÚL PIÑEROS CHÁVEZ, con la AFP PORVENIR el 10 de marzo de 1997, y la vinculación realizada posteriormente con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, el 01 de febrero del año 2000. SEGUNDO: ORDENAR a el fondo PORVENIR, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor JAIRO RAÚL PIÑEROS CHÁVEZ, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: SE LE ORDENA a PORVENIR y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del señor demandante desde la fecha del traslado desde marzo de 1997, con PORVENIR y desde febrero del año 2000, con PROTECCIÓN, hasta la fecha en que se cumpla su devolución al régimen de prima media, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales, invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PORVENIR y PROTECCIÓN el término de 30 días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al superior, deben presentar un informe discriminando en forma debida con la constancia de pago, transferencia de todas las sumas objeto de devolución a favor de COLPENSIONES con los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, valor de los descuentos que son objeto de devolución, el valor de la indexación de esos descuentos de los aportes pensionales y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia, en todo caso, vencidos los 30 días que tienen los fondos privados, COLPENSIONES debe verificar los valores que le devolvieron e indicar en el término de traslado si queda algún saldo insoluto a su favor a cargo de los fondos privados de pensiones. En todo caso, este trámite*

EXP. 07 2022 00248 01

Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

posterior no debe afectar el trámite de reconocimiento pensional que haga el trabajador ante COLPENSIONES. CUARTO: SE LE ORDENA a COLPENSIONES a recibir al señor demandante como su afiliado, sin solución de continuidad dentro del régimen de prima media con prestación definida desde su afiliación inicial al instituto de seguros sociales en 1988. QUINTO: DADA LA RESULTAS del proceso, se declara no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN. SEXTO: SE CONDENA en costas a los demandados COLPENSIONES, PORVENIR, y PROTECCIÓN, y a favor del demandante, las agencias en derecho se tasan en dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del pago a cargo de cada uno de los demandados. SÉPTIMO: ORDÉNESE la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación y a fin de que el superior revise la legalidad de lo decidido” (Audiencia virtual, récord 1:32:20, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia. Afirma que, según la normatividad aplicable para el momento del traslado, bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa para trasladarse de régimen mediante la firma del formulario de afiliación; en ese orden el demandante aceptó las condiciones del RAIS y no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Asegura que con la declaratoria de ineficacia se ve afectada la sostenibilidad financiera del sistema, además se debe tener en cuenta que el accionante permaneció por más de 26 años al RAIS y se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado. Pide se le absuelva de la condena en costas conforme al numeral quinto del artículo 365 del C.G.P.¹ (Audiencia virtual, récord 1:35:51, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “gracias señorita encontrándome en la etapa procesal pertinente con el respeto que merece el despacho me permitió interponer recurso de apelación contra el fallo emitido por el juzgado séptimo laboral del circuito de Bogotá el cual sustentare a continuación honorables magistrados es de manifestar mi reproche en cuanto a que se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante pues se fundamentó en la falta al deber de información que debían brindar las afps al momento de la suscripción del formulario y pasando por alto que para la fecha de la normativa aplicable era la ley 100 de 1993 y solo bastaba con la aceptación espontánea libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen la cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación lo que en este asunto se dio a plenitud según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por el demandante asimismo, cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y firma el formulario no existía la ley 1748 del 2014

EXP. 07 2022 00248 01

Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

En el recurso de PORVENIR S.A. solicita que se revoque la condena de indexación. Afirma que el fondo garantizó la rentabilidad de la cuenta de ahorro individual y por ello no se vieron afectados los saldos por la inflación pues generó rendimientos, así pues, los recursos no perdieron su poder adquisitivo por lo que no procedería su indexación. Apoya su apelación en reciente decisión del Tribunal de Cali que señala que no es procedente la indexación teniendo en cuenta de que con el traslado de los rendimientos compensan la

ni el decreto 2071 el 2015 con los cuales nace la obligación de las afp de brindar una doble asesoría a sus afiliados así las cosas el análisis de la información suministrada por la afp y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o la materialización del traslado en este asunto la ley 100 de 1993 no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la carta política de ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de colpensiones quien, sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación esto con base a que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en torno a qué Colpensiones es un tercero en este asunto ahora bien en cuanto a la manifestada en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la afp al transpolar lo señalado por la corte en las sentencias referidas en primera instancia a este tipo de decisiones encontramos que hasta el 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentamiento de los afiliados respecto del traslado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigía nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible finalmente pongo en consideración que en este asunto el accionante ha permanecido en el rais por más de 26 años, por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada esto en cuanto a la afectación del equilibrio de la sostenibilidad financiera del sistema, consagrados en el artículo 48 la corte constitucional política adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005 igualmente en este punto es de recordar el artículo segundo de la ley 797 del 2003, en el que se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez no es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esta prohibición es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normativa pensional y así no se genera un desequilibrio patrimonial expuesto lo anterior, los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo esto se sustenta además con la jurisprudencia de la honorable corte constitucional en sentencia c 10 24 del 2004 y que además se reiteran la c062 del 2010 en cuanto a la condena en costas, es de manifestar que al demandante no le asiste el derecho reclamado, aunado a que Colpensiones es un tercero en este asunto y a actuado en estricto cumplimiento del orden legal tampoco tuvo que ver con la decisión que tomó el demandante en trasladarse de régimen y revisando el expediente y denota que fue una decisión autónoma, libre y voluntaria, por lo que no puede cargarse impositivamente a mi representada que nada influenció en la decisión del demandante, por lo ruego a su señoría se absuelva de estas y en su lugar se condene a el demandante a su pago de conformidad al artículo 48 Inciso quinto de la constitución política, así como tener en cuenta el artículo 365, numeral quinto del código general del proceso con la anterior, dejó sustentado mi recurso reiterándole a los honorables magistrados se revoque la decisión proferida el día de hoy y en consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones incoadas en su contra muchas gracias .”

EXP. 07 2022 00248 01

Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

pérdida del poder adquisitivo de la moneda² (Audiencia virtual, récord 1:41:11, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

² “su señoría me permito interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral de manera parcial para que revoque el fallo de primera instancia concerniente referente a la condena e indexación frente a mi representada y lo sustento de la siguiente manera teniendo en cuenta la sentencia 93 16 de junio del 2016, la corte suprema de justicia en su sala laboral allí indicó que si bien es cierto la indexación consiste en la actualización del poder adquisitivo de la moneda para contrarrestar el mismo dada la generalizadas condiciones inflacionarias de la economía es de tener en cuenta en este orden de ideas que dentro de las obligaciones que tienen las administradoras de fondos de pensiones está garantizar la rentabilidad de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados en este caso del señor jairo, pues la rentabilidad de la cuenta de ahorro individual de él no se vio afectada por el fenómeno de la inflación sino todo lo contrario, siguió generando rendimientos así mismo su señoría teniendo en cuenta la sentencia reciente del tribunal superior de cali allí, el tribunal indica que ordenar la indexación no es procedente teniendo en cuenta de que con el traslado de los rendimientos se compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda al momento de hacer el traslado de régimen de esta manera su señoría, pues dejó presentado mi recurso de apelación, muchas gracias”.

EXP. 07 2022 00248 01

Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 30³ años de edad y había cotizado 375.71⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 4 años, 3 meses y 2 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 55 años de edad- ver folios 18 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

³ Nació el 20 de octubre de 1966, folio 18 archivo01.

⁴ Ver historia laboral de Oficina de Bonos Pensionales folio 40 archivo 12

⁵ Ibidem

EXP. 07 2022 00248 01

Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶, ⁷. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces,*

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁷ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que en la empresa en que trabajaba para la época del traslado de régimen le hicieron una reunión y firmó el formulario de afiliación entregado, sin embargo, no tuvo acompañamiento por

EXP. 07 2022 00248 01

Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

parte de ningún asesor de PORVENIR por lo que no tuvo ningún tipo ilustración sobre las particularidades del régimen de ahorro individual (Audiencia virtual del 19 de octubre de 2023, récord 16:15).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados, a cargo de aquella y de PORVENIR por el tiempo que estuvo afiliado el demandante a cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de*

EXP. 07 2022 00248 01

Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

“debidamente indexados” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Finalmente, se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación folios 03 a 43 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 07 2022 00248 01
Jairo Raúl Piñeros Chávez contra Colpensiones y otros.

3. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE OSCAR GONZÁLEZ SÁNCHEZ CONTRA
KELLOGG DE COLOMBIA S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para conocer en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 13 de junio de 2023 por la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se ABSOLVIÓ a la demandada de la totalidad de las pretensiones con las cuales se pretendía el pago de indemnización por despido sin justa causa, y sanción moratoria.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OSCAR GONZÁLEZ SÁNCHEZ presentó demanda contra la empresa KELLOGG DE COLOMBIA S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada desde el 12 de febrero de 2018 que finalizó por despido sin justa causa el 6 de marzo de 2018, y que el empleador no pagó las acreencias correspondientes al último día de servicios. En consecuencia, pide que se ordene al pago de los salarios y prestaciones correspondientes al día 6 de marzo de 2018, indemnización por despido sin justa causa y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa KELLOGG DE COLOMBIA S.A. el 12 de febrero de 2008, para el cargo operador de ollas (operario C3), con una asignación mensual de \$2.512.887. El día 17 de febrero de 2018 al llegar a su

jornada laboral se sentía enfermo, por lo que su líder le permitió descansar en un laboratorio entre las 7:00 am y las 10:00 am, el 27 de febrero de 2018 recibió citación para audiencia de descargos y apertura del proceso disciplinario, la que se llevó a cabo el 1 de marzo de 2018, en la que le fueron realizadas preguntas sugestivas, superfluas y capciosas que había llegado a laborar embriagado. Asegura que no se presentó a trabajar bajo los efectos del alcohol y que su permanencia en la empresa pese a estar enfermo fue por compromiso con el deber. Aduce que le fue terminado el contrato de trabajo a partir del 6 de marzo de 2018 por parte del empleador alegando una justa causa que no ocurrió y que en la liquidación no se incluyeron las acreencias del 6 de marzo de 2018 (ver demanda archivo 02 y su subsanación archivo 08 trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por KELLOGG DE COLOMBIA S.A. mediante apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones afirmando que el contrato de trabajo fue terminado con justa causa imputable al trabajador por incumplimiento grave de las obligaciones laborales al acudir a prestar sus servicios bajo el efecto de bebidas alcohólicas, lo que le impidió ejecutar las funciones, situación acreditada con los reportes del área de seguridad y de personal que además fue aceptada en la diligencia de descargos, lo que quedó consignado en la carta de terminación. Precisa que por un error de digitación la carta de terminación indica que se hará efectiva la finalización a partir de la jornada laboral del día 6 de marzo de 2018, sin embargo, una vez entregada la carta de terminación se procedió a liquidar y pagar las acreencias laborales el mismo día 5 de marzo de 2018 y al día siguiente el demandante no asistió a laborar. Propuso como excepciones de fondo las de *inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa del demandante, de la inexistencia de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, prescripción, enriquecimiento sin causa del demandante, pago, compensación, buena fe, mala fe del demandante y la genérica* (ver archivo 10 trámite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de junio de 2023, en la cual DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido y ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones de la demanda. Para

tomar su decisión concluyó que el demandante incurrió en las faltas que se le endilgan, las que se encuentran calificadas como graves en el reglamento interno de trabajo que integra el contrato de trabajo, por lo que se trató de un despido con justa causa y no hay lugar a la indemnización pretendida. Consideró que el contrato finalizó el 5 de marzo de 2018 y en esa misma fecha le fue entregada la liquidación, sin que se hubieran acreditado servicios durante el 6 de marzo de 2018, razón por la cual no se adeuda ninguna suma al ex trabajador.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada KELLOG DE COLOMBIA S. A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor OSCAR GONZALES SÁNCHEZ de conformidad con las motivaciones presentemente expuestas. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido propuesta por la demandada relevándose al despacho al estudio y pronunciamiento de los demás medios incoadas dando lo resuelto en el caso. TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia de causación. CUARTO: Como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses del demandante y en especial porque el apoderado de la parte actora no quiso acudir a la diligencia pese a que se reitera que se señaló al inicio de la diligencia haciendo la llamada y todas las constancias que se dejaron no comparece se remiran las diligencias al honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante.”* (min 28:01 audiencia del 28 de julio de 2023 archivo 18 trámite de primera instancia expediente digital).

CONSULTA

Por haber sido esta providencia adversa al demandante, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del C.P.T. y la S.S. que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: i) que entre el demandante y Kellogg de Colombia

S.A. existió un contrato de trabajo a partir del 01 de noviembre de 2008; ii) que le fue notificada la terminación del contrato con justa causa, previo el pago de la indemnización correspondiente el 5 de marzo de 2018 (archivo 10 folios 68 a 101 y 196 a 208).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir (i) si ocurrió o no un despido sin justa causa que dé lugar al pago de la indemnización que pretende el demandante, si (ii) se le adeuda suma alguna al demandante correspondiente al 6 de marzo de 2018, y en dado caso si procede el pago de indemnización moratoria.

(i) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Para resolver lo que en derecho corresponde, la legislación laboral colombiana establece en el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo y de forma taxativa, los *hechos o conductas* de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. Dispone además la norma que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, los *hechos o conductas* concretos que son motivo de su decisión, sin que se puedan alegar con posterioridad causas distintas.

Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa del trabajador a quien se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan expuesto en la carta de despido podrá ejercer tales derechos en el proceso judicial. La calificación de las conductas aducidas, para definir si se enmarcan o no en una de las causas señaladas en la Ley, le corresponde al juez.

Con este referente normativo, se advierte de la carta de despido aportada al expediente, que el empleador endilgó como justa causa para terminar el contrato de trabajo, el artículo 60 numeral 6 del CST, y artículo 58 numeral 1°, en concordancia con el reglamento interno de la compañía artículo 58 numeral 1°, artículo 60 numeral 2°, política de seguridad física 4.1 medidas generales, política de alcohol y drogas y código de ética de la empresa, por haberse presentado bajo los efectos del alcohol el 17 de febrero de 2018, señala la

carta que “(...) una vez analizados (i) los hechos que motivaron el presente proceso disciplinario, (ii) el proceso de investigación realizado sobre el caso concreto; (iii) la gravedad de los hechos en cuestión, consideramos que en efecto su conducta constituye un grave incumplimiento a sus obligaciones laborales y a sus funciones como trabajador, con lo cual se configura una Justa Causa de Terminación de su Contrato de Trabajo. Con su conducta usted incumplió gravemente sus obligaciones legales como trabajador, al presentarse bajo los efectos del alcohol a la compañía, constituyendo una grave falta pues no sólo atenta contra la política de alcohol y drogas sino que además se expone al incumplimiento de las normas de seguridad, como quiera que al ser su cargo desarrollado en una planta productora de alimentos, presentarse bajo los efectos de alcohol es una situación susceptible de afectar su integridad y la de sus compañeros. Con el proceso disciplinario realizado y demás pruebas documentales trasladadas se ha demostrado que el trabajador se presentó a su lugar de trabajo bajo la influencia de alcohol y que presentarse al trabajo en esa condición, afecta de manera directa el desempeño de las funciones y actividades laborales asignadas, por un lado, porque desde las 6:00 a.m. simplemente durmió en un área de la compañía no autorizada para estos fines, incumplió su horario laboral, y situación más grave aún, no cumplió los protocolos de seguridad y salud establecidos internamente, cuestión de suma relevancia, toda vez que desempeña sus funciones de una planta procesadora de alimentos que finalmente tiene como destino el consumo final de los clientes. (...)”.

En el numeral 6º se autoriza al empleador para dar por terminada la relación de trabajo cuando el trabajador ha incurrido en una *falta grave* a las obligaciones pactadas. Sobre esta causa legal, la ley autoriza que la connotación de *gravedad* se asigne por las partes al suscribir el contrato de trabajo o la convención colectiva, por el empleador en los reglamentos de trabajo, o por un tribunal de arbitramento al decidir sobre este aspecto en un laudo arbitral, dada la dificultad que tendría una regulación general sobre gravedad de las omisiones frente a los deberes específicos de cada trabajador.

Con estas precisiones normativas, para definir sobre la existencia de justa causa por *falta grave* del trabajador, el juez debe estudiar las pruebas

aportadas al expediente para verificar de ellas si ocurrieron o no las tres circunstancias o situaciones que resultan relevantes: i) si la conducta descrita en la carta de despido ocurrió o no, ii) si constituye una *falta* a obligaciones y prohibiciones que el trabajador tuviera asignadas en su relación de trabajo; y iii) si dicha falta reviste gravedad.

i) Sobre lo primero, tal como lo señaló la juez de primera instancia, se encuentra probado en el expediente que el demandante el 17 de febrero de 2018 se presentó a su lugar de trabajo bajo los efectos del alcohol, razón por la cual no laboró su jornada normal e incumplió las políticas de la compañía. Ello se evidencia de lo consignado en la diligencia de descargos, así como de las documentales denominadas REPORTE FALTA LABORAL, RESUMEN INFORME A CLIENTE DE OMNITEMPUS, INFORME DE NOVEDADES OMNITEMPUS, documentales que coinciden con lo relatado por los testigos OSCAR FABIAN VILLAMIL BAUTISTA, ANDRÉS JULIÁN GAMBOA y MARIO CRUZ, quienes dieron cuenta de estos hechos (ver folios 206 a 217 archivo 10).

OSCAR FABIAN VILLAMIL BAUTISTA, compañero de trabajo, dijo haber ingresado a la empresa al tiempo con el demandante el día 17 de febrero de 2018, y al observar el estado de su compañero, pues no caminaba bien y tenía olor a licor, lo reportó con JULIÁN GAMBOA -seguridad-, dijo que lo llevaron a descansar y salió a la 6:00 pm al finalizar el turno. ANDRÉS JULIÁN GAMBOA quien para el momento de los hechos se desempeñaba en el área de seguridad, dijo que le reportaron el caso que el demandante llegó en posible estado de embriaguez, que el líder del demandante autorizó su ingreso y que adelantó una investigación posterior, donde recibió versiones uniformes sobre lo acontecido. MARIO CRUZ líder del extrabajador, dijo que ese día al ingresar al lado del demandante notó el aparente estado de embriaguez, por el caminar y los ojos rojos, el demandante le comentó que el día anterior había tomado unos tragos con unos compañeros, mencionó que le permitió descansar en el área de laboratorios por unas horas y luego OSCAR GONZÁLEZ trabajó hasta el final de la jornada.

Si bien el demandante argumenta que al momento de suscribir la diligencia de descargos solo tuvo acceso a la última hoja del acta, lo cierto es que esa

página dice claramente que el demandante acepta haberse presentado bajo los efectos del alcohol a prestar sus servicios y que ha incurrido en una falta grave, pues en la respuesta a la pregunta 15 que cuestionó sobre si era consciente de la gravedad de las faltas cometidas, contestó: “*si claro*”, en la pregunta 16 que preguntaba si el *Team Leader* le permitió prestar sus servicios bajo los efectos del alcohol, señaló “*El sí me dejo prestar servicios pero no sabía que yo estaba bajo los efectos del alcohol*”, al igual que a la pregunta 18 en donde se le preguntó si tenía algo más que agregar a la diligencia, dijo “*Yo casi no bebo y pues tal vez eso no fue lo que más me afectó así no hubiera sido en exceso*”.

ii) Sobre el segundo aspecto (si dicha conducta constituye una falta a las obligaciones y prohibiciones que tenía el demandante), resulta claro que en el reglamento interno de trabajo en el artículo 45 numeral 2 se prohíbe a los trabajadores presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcótico o de drogas enervantes, y que la misma constituye una *falta grave* conforme el literal *d* del artículo 48 del mismo reglamento. Además, en el literal *a* de la cláusula octava del contrato de trabajo se establecieron como obligaciones del trabajador: “*Observar rigurosamente las normas que le fije la empresa para la realización de la labor a la que se refiere el presente contrato*”. Nótese que el cargo que desempeñaba el demandante demandaba de él cuidado, atención y precaución, pues debía vigilar y mantener el buen funcionamiento de ollas de cocción, funciones que se ven limitadas con la ingesta de bebidas alcohólicas que puede generar accidentes además de traumatizar el desarrollo normal de la cadena productiva al interior de la empresa.

iii) Finalmente sobre el tercer aspecto necesario para definir la existencia de una justa causa para despedir por los hechos que se analizan (la gravedad de la conducta endilgada), la Sala también encuentra prueba suficiente de tal acuerdo, pues el empleador en su autonomía así lo definió en el contrato de trabajo, al establecer como *justa causa para la terminación* en la cláusula novena: “*a) La violación por parte del TRABAJADOR de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias*” y “*f) El hecho de que EL TRABAJADOR llegue embriagado al trabajo o ingiera bebidas embriagantes en el sitio de trabajo, aún por la primera vez.*” (folios 68 a 70 archivo 10).

Como se demostró la existencia de justa causa en la terminación del contrato de trabajo de OSCAR GONZÁLEZ SÁNCHEZ, no procedía la indemnización que reclama, razón suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

(ii) DEL PAGO DE ACREENCIAS LABORALES

Aduce el demandante que asistió a la compañía y prestó sus labores el 6 de marzo de 2018 pero ninguna prueba da cuenta de ello. Se incorporó la carta de terminación de fecha 5 de marzo de 2018 (folio 197 a 201 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia) y la copia de la liquidación de la cual se evidencia que le fueron liquidadas las acreencias hasta el 5 de marzo de 2018 (folio 196 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia). Si bien del cuerpo de la carta de terminación se lee que la empresa *ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con JUSTA CAUSA a partir de la finalización de la jornada laboral del día 6 de marzo de 2018* las pruebas testimoniales y documentales dan cuenta de que los servicios se prestaron hasta el 5 de marzo, por lo que entiende la Sala se trató de un error de digitación como lo afirma la demandada.

Bajo esa orientación, habrá de confirmarse también la sentencia en cuanto negó el pago de tales acreencias a cargo de la demandada.

Sin costas en la consulta.

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

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. SIN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE NOHEMÍ ARANDIA SÁNCHEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 01 de septiembre de 2023 por la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, NOHEMÍ ARANDIA SÁNCHEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su afiliación al régimen de ahorro individual y se ordene a PORVENIR y PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta individual junto con los rendimientos sin descontar comisiones por manejo de la cuenta, y se declare para todos los efectos

siempre que permaneció en el régimen de prima media (ver demanda folios 01 a 25 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que no se demuestra con las pruebas allegadas al plenario la configuración de algún vicio del consentimiento en el acto de afiliación de la demandante, ni alguna vulneración a la voluntad que se expresó de manera libre en aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Señala que la demandante no cumple con lo estipulado en el literal E del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 para el traslado al encontrarse dentro de los diez años para adquirir la edad de pensión. Presentó como excepciones de mérito las de *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 02 a 10 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A., se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que el traslado de régimen pensional y el posterior traslado horizontal que se hizo son completamente válidos como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, y es improcedente declarar un error de derecho cuando las condiciones están determinadas en una normatividad de público conocimiento aunado a que la demandante no aporta prueba alguna que dé cuenta que el acto se realizó se dio bajo algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales y no lo hizo. Propuso en su defensa, las excepciones de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica*. (ver contestación folios 2 a 26 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La AFP PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda. Dice que brindó información adecuada, completa, integra, honesta,

veraz, oportuna y suficiente sobre todas las características del régimen, la forma de constituir la pensión y sus diferencias con el RPM. Aduce que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación. Señala que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión. Formuló como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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*, (ver contestación folios 03 a 32 archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1 de septiembre de 2023 mediante la cual la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó la afiliación libre y voluntaria de la demandante caracterizada por la entrega de información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por la actora a través de su afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR el día 15 de noviembre de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la señora NOHEMÍ ARANDIA SÁNCHEZ, realizado del régimen de prima media al RAIS de conformidad con las razones expuestas. TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR y a la*

demandada PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación de la señora NOHEMÍ ARANDIA SÁNCHEZ, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelvan PORVENIR y PROTECCIÓN que reposaban, o en el caso de PORVENIR que reposaron en algún momento en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora. QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN, liquídense por Secretaría fijando como agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas la suma de \$1.160.000. SEXTO: Como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, el despacho 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.” (Audiencia virtual, récord 38:55, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. indica que no es viable devolver los gastos de administración ni las primas de seguros provisionales por tratarse de recursos que tienen origen legal, una destinación específica, y cumplieron con su finalidad. Considera improcedente el reconocimiento de la indexación pues los rendimientos que se generaron superan la eventual pérdida del poder adquisitivo¹ (Audiencia virtual, récord 40:56, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Estando en la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada para que sea la sala laboral del tribunal superior de Bogotá quien estudie y revoque la condena impuesta en contra de mi representada bajo los siguientes términos respecto de porvenir al pago o traslado de gastos de administración o sumas de los seguros previsionales pues no comparte esta apoderada judicial la postura adoptada por el proceder del despacho como quiera que en primer lugar debe establecerse que ese 3% descontado de los aportes efectuados por la demandante es de manera legal ese descuento de lo cual se puede denotar el artículo 20 de la ley 100 de 1993 en igual sentido vale la pena destacar que dichos descuentos han cumplido y cumplieron en su momento su finalidad y esto es en cuanto a los gastos de administración pues el reconocimiento propio del régimen de ahorro individual en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante durante el tiempo que estuvo vinculada con mi representada y así mismo de las primas y seguros previsionales vale la pena anotar que si bien la demandante con mi representada afortunadamente no causo ninguna de esta prestación que estos seguros salvaguardan pues lo cierto es que estuvo plenamente amparada en igual sentido otra vez acotando ese artículo 20 de la ley 100 de 1993 pues vale la pena resaltar que ese 3% descontado de los aportes efectuados por la demandante pues serian descontados

En el recurso de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia. Afirma que no es dable trasladar la carga de la prueba y pedir a las demandadas la exhibición de pruebas inexistentes, pues el traslado se cumplió con la normatividad aplicable para el momento de los hechos y resulta desproporcionado solicitar documentos adicionales al formulario de afiliación. Aduce que cuando la demandante solicitó el traslado ya se encontraba dentro de la prohibición legal de traslado y no es beneficiaria del régimen de transición. Solicita no se imponga condena en costas² (Audiencia virtual, récord 44:52, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

independientemente si la demandante hubiera estado vinculada en el régimen de prima media como en el de ahorro individual en igual sentido respecto de la condena de la indexación de estos gastos pues téngase en cuenta que se fundamenta esta condena en el poder adquisitivo de la moneda no obstante es de recalcar si para la sala de segunda instancia considera prospero confirmar la sentencia acá recurrida téngase en cuenta que se van a trasladar unos rendimientos que no se hubieran generado en el régimen de prima media y por los cuales se ordena trasladar unos aportes que acreces y a luces son superiores y igualmente respecto de los descuentos son superiores a los cuales se hubieran efectuado en el régimen de prima media por lo cual se supone que no hay pérdida del poder adquisitivo de respecto de los aportes efectuados por la demandante y por tanto tampoco habría lugar a una eventual descapitalización de Colpensiones en cuanto al eventual reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante bajo esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando nuevamente a los honorables magistrados la revocatoria de la condena impuesta a mi representada y al despacho la concesión del recurso muchas gracias.”

² “Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal para ello me permito interponer y sustentar recurso de apelación respecto de lo siguiente lo primero seria hacer mención al tema señalado a la carga de la prueba ya que si bien este extremo procesal comparte y respeta lo manifestado por el fallador de primera instancia respecto que la carga fue trasladada a las demandadas no es posible exigirles la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos dado que la normatividad para el año en el que se presentó el cambio de régimen imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara precisa detallada y veraz pero justamente el deber consistía en suministrar la información mas no dejar constancia del suministro dado que la misma se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario de afiliación se entendía el consentimiento otorgado por el afiliado por lo que exigirle un documento adicional al del formulario de afiliación allegado es una carga desproporcional para la demandada atendiendo a dos puntos precisos dentro del caso que ocupa ahora nuestra atención me permito integral que el artículo 2 de la ley 797 del 2003 que modifico el literal e de la ley 100 de 1993 establece un tiempo límite para que las personas soliciten el traslado del régimen pensional y la parte actora no se encuentra en cumplimiento de este requisito dado que para la fecha en la que presento la demanda ya contaba con 58 años de edad teniendo en cuenta que nació en el año de 1964 y lo segundo es que la señora Nohemi tampoco es beneficiaria del régimen de transición dado que tampoco cumple con el artículo 36 de la ley 100 de 1993 dado que para el 1 de abril de 1994 solamente contaba con 56,29 semanas cotizadas al régimen de prima media que para ese momento era administrado por el ISS el instituto de seguros sociales es por lo anterior que se les solicita al fallador de segunda instancia que reconocer el traslado por la parte actora el día 15 de noviembre de 1994 a la AFP horizonte hoy porvenir fue efectuada en el ejercicio de libre escogencia del régimen pensional que se encuentra consagrada en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y también respecto con la autonomía de la voluntad con la que contaba la parte actora toda vez que fue esta que de manera libre y voluntaria y sin ningún tipo de coacción por parte de las demandadas precedió a realizar el traslado de régimen finalmente se les solicita a los honorables magistrados revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia negar las pretensiones de la demandante absolviendo a las demandas así como también se les solicita no imponer costas a cargo de Colpensiones dado la buena fe con la que siempre ha actuado la entidad y que la misma solamente ha sido una tercera llamada a un pleito que nada tuvo que ver muchas gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 30³ años de edad y había cotizado 56,29⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 5 meses y 26 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folios 28 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}. Para

³ Nació el 19 de octubre de 1964, folio 28 archivo 02.

⁴ Ver historia laboral de Protección folio 44 a 56 archivo 11, historia laboral COLPENSIONES expediente administrativo carpeta 08, ver historia laboral Oficina de Bonos Pensionales folio 84 a 85 archivo 11 trámite de primera instancia

⁵ Ibidem

⁶ *Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁷ *Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la*

la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que, recibieron una asesoría en la sala de juntas donde les dijeron que el ISS se iba a acabar y que se debían trasladar al fondo privado, que de manera general le dieron información sobre los rendimientos, pero nada informaron sobre el funcionamiento del RAIS ni sobre los requisitos para acceder a la pensión en uno y otro régimen (Audiencia virtual del 01 de septiembre de 2023).

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

declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses, pero se adicionará para ordenar la devolución de los montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación, a cargo de esta y de PROTECCIÓN (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), pues así lo tiene dispuesto la jurisprudencia que se sigue como referente. Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dichas entidades en el caso bajo estudio.

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver las primas de los seguros previsionales, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



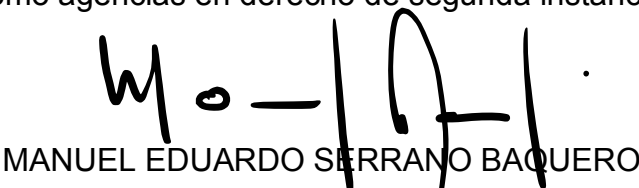
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 08 2022 00305 01
Nohemí Arandia Sánchez contra Colpensiones y otros.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 09 2021 00083 01
Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GILBERTO HORACIO GARRIDO CORREA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 07 de noviembre de 2023 por la Juez Novena (09) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GILBERTO HORACIO GARRIDO CORREA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *Ineficiencia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por ser este *ineficaz* ante la omisión del deber de información, imprudencia e impericia por parte de la AFP PORVENIR. Indica no haber obtenido información clara, completa, veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta acerca de las implicaciones del traslado de régimen. En consecuencia, pide que PORVENIR devuelva a

EXP. 09 2021 00083 01
Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración descontados durante su afiliación con dicho régimen, y se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes, actualizar su historia laboral, reactivar su afiliación y declarar que, para todos los efectos jurídicos, siempre estuvo afiliado al RPM, sin solución de continuidad (ver demanda folios 04 a 20 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a COLFONDOS, acto que se presume válido y que se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por lo que corresponde a la parte actora probar la existencia del vicio del consentimiento que alega. Además, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, lo que hace imposible para esa administradora tenerlo como su afiliado pues ello iría en contravía del principio constitucional de la sostenibilidad financiera y acarrearía la descapitalización del fondo común. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *inoponibilidad de la responsabilidad de la afp ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el articulo 48 de la constitución política, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica* (ver contestación folios 01 a 18 archivo 07, primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que carece de fundamento jurídico y fáctico puesto que la vinculación con este fondo fue por traslado horizontal y se hizo mediante una decisión informada, libre de presiones o engaños, como se observa del formulario de

EXP. 09 2021 00083 01
Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

vinculación en el que consta la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el párrafo del artículo 54 A del C.P.T. Advierte que el demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que le impide trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de fondo las de *prescripción, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas* (ver contestación folios 01 a 26 archivo 13, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., se opuso también a las pretensiones del demanda que involucran a esa entidad, afirma que la afiliación se hizo mediante un acto jurídico existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata en el formulario de afiliación suscrito por el demandante de forma libre y espontánea, con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, que generó derechos y obligaciones y cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación pues está establecida la fórmula en la Ley 100 de 1993. En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y perjuicios* (ver contestación folios 01 a 26 del archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 07 de noviembre de 2023 mediante la cual la Juez Novena (09) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características,

EXP. 09 2021 00083 01

Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante GILBERTO HORACIO GARRIDO CORREA, entre el régimen de prima medida administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN, el 24 de febrero de 1995. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiera, así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargos 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 PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES, los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta ahorro individual del demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN y PORVENIR, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. SEXTO: COSTAS lo serán a cargo de PROTECCIÓN S.A. Tásense por secretaría. Fijense como agencias en derecho la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente de conformidad con lo indicado en la parte motiva. SÉPTIMO: DE NO SER apelado remítase el presente asunto ante la sala de decisión laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social”* (Audiencia virtual, récord 1:29:52, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

EXP. 09 2021 00083 01

Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

En el recurso de PORVENIR S.A. afirma que el demandante de manera voluntaria suscribió formulario de afiliación con este fondo y con los otros demandados, por lo que no hay lugar a la declaración de ineficacia del traslado de régimen, y tampoco hay lugar a devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Frente a la indexación, considera que las cotizaciones del demandante no perdieron poder adquisitivo, contrario a ello se generaron unos rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta, en este sentido la indexación se compensa con los rendimientos de la cuenta, dice que en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Cali. Precisa que esta condena genera un enriquecimiento sin causa contra el fondo común y que no fue a través de esta AFP que el demandante realizó el traslado de régimen, situación que lo imposibilita para demostrar que la vinculación inicial contó con lo reglado para esa fecha¹ (audiencia virtual, récord 1:31:50, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “gracias señora juez me permito interponer recurso de apelación en el siguiente sentido de conformidad con el acervo probatorio dentro del expediente se demostró que la parte actora suscribió en lo que respecta a mi representada formulario de afiliación a horizonte para el año 99 a porvenir para el año 2000 y nuevamente a horizonte para el año 2001 de manera libre, voluntaria y sin presiones situación esta que no da lugar a la declaratoria de la ineficacia así como tampoco al traslado de rubros indexados es así como no hay lugar al pago por conceptos de gastos de administración prima de seguro previsional dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima y entre otros lo anterior por cuanto la corte constitucional a través de conceptos doctrinales, ha definido la indexación como un sistema que consiste la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios con el fin de mantener constante el valor real de estos para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí suelen ser el aumento del costo de vida el nivel de aumento de precios mayoristas los salarios de los trabajadores los precios de los productos alimenticios de primera necesidad entre otros lo anterior entonces significa que la indexación podría definirse como un sistema que consiste en traer a valor presente el dinero para que este no pierda su poder adquisitivo y en el caso bajo examen las sumas correspondientes a los gastos de administración no han perdido el poder adquisitivo contrario a ellos tales gastos de administración lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora adicional a ello en los gastos de administración no hubiese generado en el rpm ningún tipo de rendimientos a favor del actor por lo cual estaría en el mismo demérito que el día de hoy si este demérito fuera real nótese entonces como existe un enriquecimiento sin justa causa a favor del rpm más que de la parte actora puesto que no solo se condena a la devolución de los gastos de administración sino que se ordena que estas sumas sean indexadas como si estas hubiesen perdido el poder adquisitivo o como si esto se hubiese generado algún tipo de rendimiento o réditos adicionales además de ello es menester indicar que los gastos de administración también hubiesen sido causados si el demandante se encontrarse afiliado al rpm es decir hoy a Colpensiones situación está que es compartida por la sala laboral del tribunal superior de Cali en sentencia número 146, 176 y 239 de fecha 9 de junio del 2023, 14 de julio del 2023 y 8 de septiembre del 2023, respectivamente toda vez que dentro de las mismas se refiere lo siguiente y me permite abrir comillas en cuanto a la indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar debido a la inflación por tal razón se revoca este ítem y en su lugar se impondrá el fondo privado a retornar las sumas con su respectivo rendimiento cierro comillas finalmente se tiene que mi representada no fue a través de la cual el actor llevó el traslado entre regímenes pensionales situación está que imposibilita a porvenir demostrar que la vinculación inicial al rais contó con lo reglado para la fecha con respecto al deber de asesoría, sin que ello signifique que porvenir ... después de la fecha en

EXP. 09 2021 00083 01

Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES afirma que es un tercero de buena fe, pues no intervino en la decisión del demandante, la que fue libre, consiente y voluntaria. Señala que cuando el demandante quiso retornar al RPM estaba dentro de la prohibición legal establecida en la ley 797 del 2003, por lo que no es posible realizar el traslado. Señala que aceptar el traslado afecta la sostenibilidad financiera del Sistema. En caso de confirmarse la sentencia, pide que se confirme la orden de devolución de los aportes junto con sus rendimientos y se condicione el cumplimiento de las obligaciones pensionales al reintegro de los recursos² (Audiencia virtual, récord 1:35:24, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

que el actor efectuó el traslado ante esta entidad por lo anterior dejo sustentado mi recurso, gracias”.

² *“gracias su señorías dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito respetuosamente interponer ante usted recurso de apelación para que sea resuelta por la sala laboral del honorable tribunal superior de distrito judicial el cual sustento en los siguientes términos dentro del plenario claramente quedo demostrado que iss hoy colpensiones es un tercero de buena fe que no intervino en la decisión fue libre consiente y voluntaria del accionante de acceder a otros regímenes pensionales y adicionalmente quedó demostrado que el accionante para cuando decidió retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por colpensiones se encontraba inmerso dentro de la prohibición legal contenido en la ley 797 del 2003 en tanto que ya le faltaban menos die diez años para adquirir su edad pensional de igual forma queda demostrado que hubo un consentimiento libre, consciente y voluntario por parte del accionante de cambio de régimen, en tanto firmó unos documentos que fueron debatidos dentro del plenario igualmente quedó demostrado que hubo un actuar omisivo por parte del accionante para retornar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida y adicionalmente quedó demostrado que el accionante sostuvo su intención de permanecer en régimen de ahorro individual con solidaridad en tanto realizó diversos traslados horizontales de igual forma queda demostrado que se le brindó la información en tanto quedó consignado en el formulario de afiliación del cual pudo debatirse y realizarse por parte del accionante en su momento cosa que no se hizo y que se encuentra hoy en este juicio razón por la cual no es posible o no es conducente indignarle responsabilidades a las afps ni mucho menos a mí representada de igual forma en este asunto la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada en instancia en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005, ahora bien en este orden les ruego a los honorables magistrados se sirva revocar la decisión y en consecuencia se sirva absolver a la entidad a la que represento ahora bien en caso de que se llegase a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal le ruego se mantenga la condena impuesta a la afp en el entendido que está deberá reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió estos son los recursos de las cuentas que obran en la cuenta individual del accionante así mismo como las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros provisionales, cuotas de administración y las demás mermas en la cuenta individual de igual forma le ruego a los honorables magistrados que en sentencia de instancia se sirva condicionar con una obligación de hacer por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de las obligaciones a cargo de la afp en ese orden de ideas su señoría dejó presentado mi recurso muchas gracias.”*

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

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

EXP. 09 2021 00083 01

Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 30³ años de edad y había cotizado 68⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 8 meses y 16 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 21 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6, 7}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

³ Nació el 21 de junio de 1964, folio 21 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Porvenir folio 36 a 37 archivo 01

⁵ Ibidem

⁶ *Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁷ *Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".*

EXP. 09 2021 00083 01
Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda*

EXP. 09 2021 00083 01

Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que el asesor de Porvenir le indicó que el ISS se iba a acabar y para no perder el dinero tendrían que pasarse a un fondo privado donde éste le haría rendir los recursos aportados, pero no tuvo ninguna otra ilustración sobre las particularidades del régimen de ahorro individual (Audiencia virtual del 07 de noviembre de 2023, récord 10:12).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados a cargo de aquella y de

EXP. 09 2021 00083 01
Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

PROTECCIÓN (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Finalmente, carece de objeto la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes que dice impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de las AFP, porque sobre COLPENSIONES no se dictó condena al pago de la pensión.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

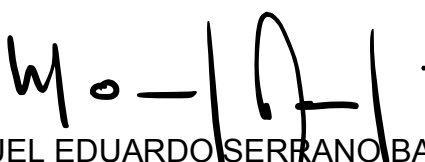
EXP. 09 2021 00083 01

Gilberto Horacio Garrido Correa Contra Colpensiones y otros.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE YULIS DEL CARMEN MONTALVO MIRANDA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 07 de septiembre de 2023 por la Juez Novena (09) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, YULIS DEL CARMEN MONTALVO MIRANDA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, efectuado en la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, *por cuanto no existió información verdaderamente autónoma y consiente* sobre los riesgos y consecuencias que generaría dicho traslado. En consecuencia, pide que PORVENIR restituya a COLPENSIONES todos los valores recibidos por su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus rendimientos e intereses indexados y las cuotas de administración, y se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes trasladados, realizar la

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

actualización de su historia laboral y continuar con su afiliación en el RPM (ver demanda folios 66 a 79 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional y el posterior traslado horizontal que efectuó son completamente válidos como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual -asegura- es improcedente declarar un error de derecho cuando las condiciones están determinadas en una normatividad de público conocimiento, aunado a que la demandante no aporta prueba alguna que dé cuenta de que dicho acto se realizó bajo algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer el derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales, pero no lo hizo. Propuso en su defensa, las excepciones de fondo las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 01 a 28 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda con fundamento en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, siendo imposible tenerla como afiliada del RMP. Indica que está afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad por suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria sin causal de prohibición y que su suscripción denota la aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad*

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

social del orden público, innominada o genérica (ver contestación folios 01 a 41, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia)

En providencia del 31 de julio de 2023, se *aceptó* la intervención de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia) quien oportunamente presentó escrito (Ver folio 01 al 10, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 07 de septiembre de 2023 mediante la cual la Juez Novena (09) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante YULIS DEL CARMEN MONTALVO MIRANDA, entre el régimen de prima media administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR, del 6 de diciembre de 1996. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR 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 los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo de 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 PORVENIR, todos los valores que le fueron trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas. CUARTO: DECLARAR no probadas las*

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

excepciones formuladas por las demandadas. QUINTO: COSTAS lo serán a cargo de PORVENIR. Tásense por secretaria y fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo indicado en la parte motiva. SEXTO: DE NO SER apelada esta decisión, remítase el presente asunto ante la sala laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la administradora colombiana de pensiones de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal Del Trabajo Y De La Seguridad Social” (Audiencia virtual, récord 48:12, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso COLPENSIONES afirma que es un tercero de buena fe exento de culpa, razón por la cual no resulta razonable ni jurídicamente válido imponerle cargas. Asegura que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica y los efectos *inter partes* del acto de traslado celebrado entre la demandante y el fondo de pensiones. Solicita, en caso de que se llegara a confirmar la sentencia, que se mantenga la condena impuesta a la AFP de reintegrar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, y se diga que COLPENSIONES no podrá cumplimiento a lo ordenado hasta tanto se realice el traslado¹ (Audiencia virtual, récord 49:53, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “su señoría en atención a la etapa procesal me permito presentar ante usted recurso de apelación en contra de la decisión adoptada para que sea conocida por la honorable sala del tribunal superior del distrito judicial en los siguientes términos en instancia se condenó a Colpensiones a recibir los dineros obrantes en la cuenta de ahorro por parte de la afp sin embargo colpensiones es un tercero de buena fe exento de culpa que no participó dentro de la decisión o de la situación de afiliación realizada por parte del accionante al régimen privado por eso resultaría en una sanción que no tuvo la posibilidad de prever pues en sus manos ya no estaría limitar o prohibir a las personas acceder a otros regímenes pensionales por ello no es razonable ni jurídicamente válido imponer cargas a la administradora que no tenía esa posibilidad de prever ahora bien no es razonable ni jurídicamente válido imponer situaciones diferentes a las establecidas en las normas pues tales exigencias desvirtúan el principio de confianza legítima teniendo en cuenta adicionalmente el principio de legalidad y el debido proceso en atención a la carta constitucional en el artículo 29 pues las normas o las situaciones deben ajustarse a las normas preexistentes a dichos actos y por ello o de igual forma honorables magistrados el juzgamiento de las conductas de los fondos con base en norma inexistentes como se hizo no tiene justificación jurídica alguna y violan gravemente el debido proceso de colpensiones quien una vez más sin haber participado en el trámite del traslado debe afrontar la carga de la prestación eso con base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir sentencia al principio de la relatividad jurídica en torno a qué Colpensiones como tercero de buena fe y tercero en este asunto no tiene injerencia en la decisión del accionante además teniendo en cuenta que los actos jurídicos sólo se cumplen o tienen efectos jurídicos entre partes esto es entre la demandante y las afp dicho lo anterior pongo en consideración magistrados que en este asunto la administradora colombiana Colpensiones resulta lesionada con la decisión de instancia esto en cuanto a la detección del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la constitución política adicionado por

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

En el recurso de PORVENIR S.A., afirma que el traslado realizado por la demandante fue voluntario y sin presiones, conforme la normatividad vigente para la fecha de la celebración. Señala que el traslado lo realizó la AFP HORIZONTE, por lo que no es viable endilgarle alguna obligación a esta AFP. Pide que se revoque la orden de indexación, pues los rendimientos generados compensan la pérdida del poder adquisitivo, asegura que en este sentido se han venido pronunciando los Tribunales Cundinamarca, Cali y Medellín²

el acto legislativo 01 del 2005 con lo anterior dejó sustentado mi recurso solicitándole a los honorables magistrados que se revoque la decisión que se acaba de proferir y en consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra ahora bien en caso de que se llegase a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal ruego se mantenga la condena impuesta a la afp en el entendido que esta deberá reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió esos son los recursos de las cuentas de todos y cada uno de los recursos obrantes en la cuenta individual cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima rendimiento bonos pensionales y todos a los que hubiese lugar debidamente indexados de igual forma se adiciona que en la sentencia Colpensiones no podrá dar cumplimiento hasta tanto la afp no cumpla con lo que corresponde así sin más su señoría dejo su sustentado mi recurso muchas gracias.”

² “Respetuosamente me permito presentar recurso apelación en contra de la sentencia de instancia solicitándole al honorable tribunal superior de la sala laboral se sirva a revocar la presente decisión lo que corresponde a la declaratoria y la ineficacia de la filiación de la demandante al rais así como las condenas interpuestas en contra de la afp porvenir conforme a las siguientes consideraciones en primer lugar debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable corte suprema de justicia también la misma corporación nos ha indicado que el mismo no se puede aplicar de una manera homogénea a todos los procesos en donde se solicite la nulidad o la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información en efecto de existir una similitud en las condiciones fácticas en cada uno de los casos situación que para mí representada no se da en el presente asunto pues la demandante realizó el traslado al régimen de ahorro individual voluntariamente sin presiones informada y todo esto de conformidad con la normativa vigente para la fecha adicionalmente y como se demostró en el interrogatorio de parte mi representada porvenir en ninguna medida tuvo que ver con el traslado pues se realizó ante horizonte por lo que pues es imposible endilgarle una obligación que pues que no podía ser digamos que cumplida todo vez que no asistió en ese proceso pues no era posible llevar a cabo esta obligación y adicionalmente pues también como lo ha venido señalando la honorable corte suprema pues esta obligación no se puede subsanar con el pasar del tiempo por lo que tampoco era pertinente o era obligatorio por parte de porvenir que posterior a la recepción del formulario de afiliación y la afiliación fue libre pues en este digamos que acudiera ante la demandante para pues suplir este supuesto digamos que no cumplimiento de información en la medida que aún que lo hubiera hecho pues es claro que en el presente jurisprudencial que no se puede subsanar con actuaciones posteriores como las de la doble asesoría y ahora bien con independencia de la información otorgada al momento del traslado las condiciones características, ventajas y desventajas del rais se encontraban establecidas en la ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido pues de la información que regulaba esta situación tan importante como lo era el traslado del régimen pensional teniendo en cuenta pues que ella es una persona profesional y pues que trabaja en el sector financiero y de igual manera y como todo consumidor financiero ella debía actuar con mediana diligencia lo cual suponía por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba aceptando y con mayor razón si los datos relevantes que le permitían prestar las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinadas en normas legales de común conocimiento y ahora bien es decir que el actuar de mi representada aquí llamada a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado realizado por la demandante así mismo y lo que en relación con los rendimientos debe señalarse que la declaratoria de la ineficacia implica como efecto que los recursos que se trasladen deberán

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 53:36, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que*

corresponder a los que hubieran generado las reservas del seguro social en colpensiones y no a los que se generaron del régimen de ahorro individual pues no tiene sentido que si el traslado entre el rais no surtió ningún efecto legal se obliga a remitir estos rendimientos propios del régimen en caso contrario y por efecto de las restituciones mutuas al trasladar los frutos generados del régimen del cual se predica nunca existió la afiliación deberá reconocerse en consecuencia pues los gastos que se incurrieron para poder administrar el pago de dichos aportes que se entenderían realizados en el régimen de prima media gastos que se sintetizan en la comisión de administración y las primas de seguros previsionales adicionalmente se solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena interpuesta a mi representada en la medida que lo dispuso por despacho que se hiciera la devolución de los rendimientos de capital que se encontraren en la cuenta de ahorro de la demandante y pues como lo ha venido desarrollando el tribunal superior de cundinamarca así como el tribunal superior de cali y el de medellín, en sentencias tales como la 01 82 0194 73, en ella se determinó que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda y pues en el caso que nos trae aquí pues se evidencia que el 64% del total de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante corresponden a rendimientos financieros pues que superan a todas luces esta pérdida de capacidad adquisitiva es por todo lo anterior que sustento mi recurso de apelación. muchas gracias”

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 28³ años de edad y había cotizado 144,14⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (9 meses y 9 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 53 años de edad- ver folio 44 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

³ Nació el 10 de octubre de 1968, folio 5 y 6 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Colpensiones folio 1 a 2 archivo 03, carpeta expediente administrativo

⁵ Ibidem

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶, ⁷. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces,*

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁷ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que del banco para el cual laboraba para la época del traslado, le entregaron el formulario de afiliación y ella lo

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

firmó, sin que mediara acompañamiento de los asesores o algún tipo de asesoría (Audiencia virtual del 07 de septiembre de 2023, récord 10:39).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸),

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 09 2022 00282 01

Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.

los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Finalmente, carece de objeto la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP, porque la parte resolutive de la decisión de primera instancia no condenó al reconocimiento pensional.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

EXP. 09 2022 00282 01
Yulis del Carmen Montalvo Miranda Contra Colpensiones y otro.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE BERTHA CRISTINA LANCHEROS JIMÉNEZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2023 por la Juez Novena (09) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, BERTHA CRISTINA LANCHEROS JIMÉNEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y se ordene a PORVENIR devolver a COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado en su cuenta individual tales como bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados con motivo a su afiliación así como los gastos de administración debidamente indexados, y se ordene a COLPENSIONES a recibirla en el RPM junto con la totalidad de

los ahorros de su cuenta individual realizando la actualización de su historia laboral. Por último, solicita que declare que para todos los efectos siempre permaneció en el régimen de prima media (ver demanda folios 78 a 91 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones. Afirma que no existe causal legal para que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación efectuada por la AFP pues no hubo vicios del consentimiento, y la suscripción del formulario denota la aceptación de la demandante y la asesoría que recibió. Asegura que tampoco hay lugar a trasladar los gastos de administración, frutos, intereses, comisiones, seguros previsionales o a indexar esos dineros, porque tal situación conllevaría a un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y del afiliado, estos conceptos fueron empleados para generar unos rendimientos y prestar un servicio a la demandante. Alega que no hay retroactividad en las normas y por ello no se pueden exigir obligaciones no existentes en el momento del traslado. Formuló como excepciones de mérito las de *buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas* (ver contestación folios 1 a 20, archivo 06, primera instancia).

En providencia dictada el 08 febrero de 2023, la *a quo* ordeno la notificación del MINISTERIO PUBLICO (archivo 04 del expediente digital, tramite de primera instancia) quien oportunamente presento escrito de intervención (ver folios 1 a 11 archivo 07 del expediente digital, tramite de primera instancia).

Mediante providencia dictada el 24 agosto de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por parte de COLPENSIONES (archivo 11 del expediente digital, tramite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de septiembre de 2023 mediante la cual la Juez Novena (09) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima

media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó la afiliación libre y voluntaria de la demandante caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante BERTHA CRISTINA LANCHEROS JIMENEZ, entre el régimen de prima media administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR el 5 de febrero de 1999. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PORVENIR 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 los 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 PORVENIR, todos los valores que le fueren, traslados y abonarlos en el fondo común que administra convalidando la historia laboral de la demandante las correspondientes a las semanas. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. QUINTO: COSTAS lo serán a cargo de PORVENIR, tásense por secretaría y fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo indicado en la parte motiva. SEXTO: DE NO SER apelado remítase el presente asunto ante la sala de decisión laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de*

conformidad con el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.” (Audiencia virtual, récord 53:32, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES afirma que es un tercero de buena fe que ha actuado conforme a los lineamientos jurídicos, y que según la normatividad aplicable para el momento del traslado no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento de celebrar dicho acto jurídico, además cuando la demandante solicitó el traslado ya se encontraba dentro de la prohibición legal. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se condicione el cumplimiento de las obligaciones al reintegro de los recursos, y que se confirme la decisión de no imponer condena en costas¹ (Audiencia virtual, récord 55:08, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR S.A. afirma que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia porque cumplió con los lineamientos que eran exigibles respecto del deber de información para la fecha de celebración del acto jurídico. Indica que

¹ “señoría, gracias en primera instancia y en el chat dejé establecido que se acabó de ir la energía en donde estoy entonces lo probable es que se me quede sin red porque estoy conectado con la ups y frente a la decisión adoptada por su despacho presentaré el recurso de apelación para que sea resuelto por la honorable sala del tribunal superior de distrito judicial de bogotá lo anterior en los siguientes términos rogar a los honorables magistrados revocar la sentencia de primera instancia atendiendo a que Colpensiones como tercero de buena fe exentó de culpa ha actuado conforme a los lineamientos jurídicos y en consecuencia, le ha garantizado en todo y en cada momento los derechos al accionante quien no ha actuado en debida forma su derecho de acción, pues cuando intentó regresar a Colpensiones ya obraba la prohibición legal de la ley 797 del 2003, pues ya le faltaban menos de 10 años para acceder a su edad de pensión de igual forma, la decisión que se adopte a la instancia presenta un atentado contra lo que establece el debido proceso en atención a que se está generando una sanción con la normatividad que estaba llamada a aplicarse para la época en que ocurrieron los hechos porque esos deberes en materia de información debidamente informados conforme lo establece la normatividad a partir del 2014 y del 2015 de igual forma imponer cargas que no estaban establecidas en la normativa del presunto momento genera una vulneración al debido proceso, de igual forma es del caso solicitar a los honorables magistrados que en caso tal de confirmarse la decisión, se condicione la sentencia para que la afp mejor para que Colpensiones pueda darle cumplimiento previo a que la afp realice las gestiones pendientes a la devolución de todos y cada uno de los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante y de igual forma solicitar a los honorables magistrados que en instancia se vuelva confirmar la decisión de no condenar en costas a la entidad....señoría, ya estaba a punto de finiquitar, solicitando meramente la no condena en costas, en atención a que el acto que generó la ineficacia no participó Colpensiones gracias”

no es viable devolver los gastos de administración, primas de seguros provisionales y dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, por tratarse de recursos que tienen origen legal y una destinación específica, además porque omite las obligaciones e implicaciones de la fusión por absorción entre Horizonte y Porvenir. Asegura que el reconocimiento de la indexación es improcedente y generaría un enriquecimiento sin justa causa, pues las sumas correspondientes no perdieron su valor adquisitivo, contrario a ello incrementaron el saldo de la cuenta de ahorro individual. Pide que se revoque también la condena en costas pues la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado² (Audiencia virtual, récord 57:47, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² “muchas gracias señorita me permito interponer recurso apelación frente a providencia proferida en la presente diligencia en los siguientes términos considera la suscrita que no hay lugar como tal en primer lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado pues como se expuso en los alegatos de conclusión hubo un cumplimiento inequívoco indiscutible por parte de mi representada de los lineamientos que le eran exigibles para 1999, que fue la fecha del traslado disponiendo así de un asesor de una charla de la posibilidad de no como tal obligar al afiliado a suscribir un formulario de afiliación de permitir que este realizara las preguntas que considerara pertinentes por lo que para la fecha de afiliación se suscribió de manera válida el formulario de afiliación cumpliendo con los preceptos que para esa fecha eran exigir respecto al deber de información adicionalmente considera la suscrita que no es viable como tal el traslado de lo que tiene que ver con gastos de administración por cuanto son un valor cuyo origen y destinación es legal y cuyo uso se realizó en favor de la prestación de los servicios ofrecidos por el rais al demandante adicionalmente resulta pertinente que sea considerado por los honorables magistrados que la legitimación de mi representada en este caso se deriva de la afiliación surtida por la señora berta en 2001, con horizonte fondo de pensiones y cesantías previa a fusión por lo que los gastos de administración devengados utilizados mientras la parte estuvo en horizonte no fueron absorbidos ni fusionados por porvenir puesto que ya no se encontraban ni en el pasivo ni en el activo en dicha entidad por cuanto en cumplimiento de ese artículo 20 de la ley 100 de 1993 ya habían sido ejecutados garantizándole como tal los por ejemplo, el generar rendimientos a la parte actora por lo anterior resulta más injustificada como tal en lo que tiene que ver con la condena relacionada con porvenir respecto a los gastos de administración, puesto que en primer lugar desconoce la naturaleza del rubro como tal y su debida destinación y en segundo lugar por cuanto emite la existencia y las implicaciones del proceso de fusión por absorción entre la afp inicial y mi representada en segundo lugar, considero como inviable como tal, el traslado del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima en el mismo sentido es un porcentaje cuya destinaciones de origen legal por lo que no se encuentra sustento para que se solicite su traslado puesto que fue un rubro que ya fue destinado propiamente máxime cuando se habla de que sea con los propios recursos de porvenir cuando eso fue trasladado oportunamente para cumplir los fines legales que tiene en tercer lugar tampoco resulta o considero resulta viable el traslado de las primas destinadas a los seguros provisionales por cuánto es un valor que ni siquiera se encuentra en poder de mi representada sino que por el contrario fue un rubro oportunamente trasladado a una aseguradora la cual, durante la vigencia de la afiliación, ha asegurado el riesgo de invalidez de la aquí demandante al respecto se aclara que el contrato de seguro por definición del código de comercio es oneroso sin embargo el ordenar el traslado de las primas de seguro previsional como tal se propicia que el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte que ya fueron cobijados por la aseguradora en virtud del pago de dicha prima se haya hecho de manera gratuita, lo que de manera gravosa vulnera la teoría obligacional y por tanto contractual en materia de seguros considero como tal aún más injustificado como tal la orden de indexar los rubros objeto de traslado por varias razones, en primer lugar, teniendo en cuenta que para la fecha de afiliación mi representada actuó en cumplimiento de la normatividad que era exigible resulta improcedente el reconocimiento de la indexación de rubros que en primer lugar no deberían trasladarse, puesto que el reconocimiento de esta figura genera en favor de la señora berta un enriquecimiento sin justa causa carente de la aplicación del principio de buena fe queda de justicia y en segundo lugar, teniendo en cuenta que la indexación consiste en términos simples en traer a valor presente el dinero para que este como tal no pierda su valor adquisitivo sin embargo las sumas correspondientes a los gastos administrativos no han perdido su valor adquisitivo al contrario a ello sus gastos administrativos lograron incrementar en

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004,

sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora mediante los rendimientos entonces mediante la presente sentencia se está ordenando el traslado de los rendimientos, los cuales se obtuvo por haber sufragado los gastos administrativos en los cuales permitieron acrecentar el valor del saldo de la cuenta ahorro individual es decir de los aportes obligatorios mediante unos rendimientos que casi duplican o triplican el valor de los aportes obligatorios y adicionalmente se está ordenando indexar por lo que realmente genera como tal un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante y un perjuicio grave en contra de mi representada adicional a ellos los gastos administrativos como se mencionó no hubiesen sido generados en el régimen de prima media ningún tipo de rendimiento en favor de la parte actora, por lo cual estaría en el mismo desmérito si dicho desmérito fuera real por lo que en la aplicación de la ineficacia hay que determinar que en la sentencia no hay lugar sino a trasladar el capital ahorrado y los rendimientos so pena de un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante por último, poner de presente como tal la inviabilidad de la declaratoria en costas contra mi representada, por cuanto lo que tiene que ver con las costas, hay que considerar que mi representante en todo este proceso ha propendido por la eficiencia del presente proceso y resultaría injusto someter a costas a una parte procesal que se encuentra sometida al proceso y no encuentra una solución diferente en primer lugar teniendo en cuenta que no puede autorizar el traslado de quienes se encuentren inmersos en la prohibición, 797 del 2003 en su artículo dos, literal e y en segundo lugar, teniendo en cuenta que hay una jurisprudencia reiterada que no le ofrece otro tipo de solución distinta a ella, máxime cuando no puede acceder eficientemente al mecanismo alternativo de solución de conflictos que comporta la conciliación, por cuanto hay una renuencia del comité de conciliación de Colpensiones a conciliar este tipo de procesos es de establecerse que en la jurisprudencia se ha definido las costas como una derogación económica que debe asumir la parte que resulte vencida en un proceso judicial que se compone de las expensas y agencias en derechos sin embargo, esa definición se establece en virtud de un proceso que regido por aquellos principios que gobiernan el sistema judicial tales como el debido proceso, igualdad, eficiencia, eficacia, celeridad entre otros sin embargo, otros supuestos, este tipo de procesos en los que se pretende la nulidad e ineficacia del traslado al rais porque en estos casos las afp, en este caso específicamente porvenir respecto de la señora berta se somete a un proceso que en primer lugar, no puede evitar toda vez que lo rige la prohibición de la ley 797 de 2003 y en segundo lugar, pues no puede acceder a la conciliación, como ha sido ampliamente expuesto en los alegatos de conclusión y en el presente recurso apelación en ese sentido, señoría dejo sentado el recurso de apelación gracias”

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 31³ años de edad y había cotizado 266.43⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 meses y 28 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 54 años de edad- ver folios 38 del archivo 01 del expediente digital).

³ Nació el 08 de noviembre de 1967, folio 38 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Porvenir folio 65 archivo 06, historia laboral COLPENSIONES 69 a 72 archivo 01, trámite de primera instancia.

⁵ Ibidem

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6, 7}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario*

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁷ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que el asesor le indicó que el ISS se iba a acabar y con ello que sus cotizaciones y semanas se iban a perder, además le aseguró que en el fondo privado tenía la opción de acceder a una pensión con una mesada mayor, no obtuvo ninguna otra información (Audiencia virtual del 26 de septiembre de 2023, récord 10:17).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación*

definida administrado por COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dichas entidades en el caso bajo estudio.

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

Finalmente, carece de objeto la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP, porque la parte resolutive de la decisión de primera instancia así lo estableció.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

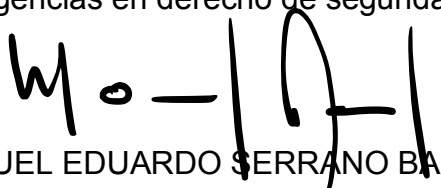
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MARÍA ORFA PULIDO HERRERA CONTRA FONDO NACIONAL DEL AHORRO, VINCULADAS ACTIVOS S.A.S., MISIÓN TEMPORAL LTDA., SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO SUEJE (Antes Red Alma Mater), TEMPORALES 1A BOGOTA S.A.S., HUMAN TEAM S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, TEMPORALES NUEVO MILENIO S.A. EN LIQUIDACIÓN, LLAMADAS EN GARANTÍA LIBERTY SEGUROS S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, contra la sentencia dictada el 15 de mayo de 2023. En ella se declaró la existencia de varios contratos de trabajo, se condenó al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de prestaciones extralegales e indemnización moratoria, y se absolvió a las demás personas jurídicas vinculadas al proceso.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA ORFA PULIDO HERRERA presentó demanda contra el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de relaciones laborales entre el 1 de marzo de 2004 y el 10 de diciembre de 2012, y entre el 28 de abril de 2014 y el 14 de agosto de 2014 como trabajadora oficial. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar el beneficio de alimentación convencional, la prima técnica convencional, la prima de servicios convencional, la prima extraordinaria convencional, la prima de vacaciones convencional, el estímulo de recreación convencional, la prima

de navidad convencional, la bonificación por servicios convencional, la bonificación especial de recreación convencional, las cesantías debidamente liquidadas, los salarios de la última relación, y la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones.

Como fundamento de lo pedido, afirma que tuvo dos periodos de vinculación con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, el primero entre el 1 de marzo de 2004 y el 10 de diciembre de 2012, y una segunda vinculación desde el 28 de abril hasta el 14 de agosto de 2014. Inicialmente fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios con intermediación del PNUD entre el 01 de marzo de 2004 y el 30 de junio de 2004, vínculo en el que le correspondía contestar solicitudes y derechos de petición, con asignación salarial de \$700.000. Finalizada esa vinculación le fue ordenado suscribir el contrato de prestación de servicios No. 296 de 2004 con fecha de inicio 1 de julio de 2004 directamente con el FNA el que finalizó el 31 de diciembre de 2004 con último salario de \$900.00 mensuales. A partir del 1 de enero y hasta el 31 de marzo de 2015 le ordenaron vincularse a través de TEMPORALES NUEVO MILENO, con una asignación salarial de \$638.000, finalizada esta intermediación le ordenaron suscribir un nuevo contrato con EST MISIÓN TEMPORAL LTDA. que tuvo vigencia desde el 1 de abril de 2005 y hasta el 17 de octubre de 2006 con un salario de \$900.000. Luego, le fue enviado para suscribir contrato con intermediación de ACTIVOS S.A. que inició el 18 de octubre de 2006 y finalizó el 31 de julio de 2007 con el mismo salario de \$900.000 en el cargo de auxiliar administrativo. A la finalización de este contrato le ordenaron suscribir contrato con HUMAN TEAM LTDA que tuvo vigencia entre el 1 de agosto de 2007 y el 9 de marzo de 2008 con salario de \$955.000 y el cargo fue denominado asesor punto de atención. Asegura que sin solución de continuidad le ordenaron suscribir contrato con ACTIVOS S.A. el 10 de marzo de 2008 que tuvo vigencia hasta el 30 de abril de 2008 en el cargo de auxiliar administrativo y con salario por valor de \$955.000; vencido este contrato suscribió contrato con ALMA MATER – LA RED DE UNIVERSIDADES PUBLICAS DEL EJE CAFETERO el 5 de febrero de 2008 que se extendió hasta el 9 de diciembre de 2008 en el mismo cargo auxiliar administrativo con salario de \$1.009.000. Luego, le ordenan suscribir un contrato con TEMPORALES UNO S.A., el primer vínculo con esta temporal tuvo lugar del 16 de marzo hasta el 30 de septiembre de 2009, el segundo del 3 de noviembre de 2009 hasta el 23 de marzo de 2010, el tercero del 26 de marzo de 2010 al 25 de marzo de 2011, un cuarto contrato

del 5 de abril de 2011 al 13 de marzo de 2012, y un quinto y último contrato del 14 de marzo al 10 de diciembre de 2012, el cargo fue auxiliar de apoyo, y el salario devengado ascendió a \$1.134.000. Finalmente le ordenaron suscribir contrato con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. del 28 de abril al 14 de agosto de 2014, con asignación salarial de \$690.745 en el cargo de asesor. Aduce que el vínculo de servicios en favor del FNA finalizó el 14 de agosto de 2014, fecha en la cual le comunicaron que no sería contratada en lo sucesivo. Asegura que el objeto contractual de todos los contratos fue cumplir labores inherentes a las actividades propias de la entidad en el punto de atención del FNA en Bogotá, que no conoció a las personas que representaban a esas empresas, y la subordinación estuvo a cargo de los funcionarios de nómina del FNA, recibía ordenes de JORGE LAVERDE jefe de contabilidad del FNA, DANIEL ENRIQUE ARIZA HEREDIA jefe de la división de cesantías del FNA, y de parte de ALEJANDRO CASTILLO CABRERA jefe de la división comercial. Las funciones encargadas estaban detalladas en el documento que le fue entregado denominado INSTRUCTIVO GENERAL PARA PROFESIONALES DE LOS PUNTOS DE ATENCIÓN del FNA, dentro de ellas debía atender público y contestar derechos de petición, no tenía facultad de toma de decisiones y la relación se desarrolló de manera ininterrumpida, por ello las fechas plasmadas en los contratos no corresponden al tiempo total laborado. El 9 de diciembre de 2015 reclamó ante el FNA el reconocimiento de los beneficios contenidos en la convención colectiva vigente 2002-2003 que se prorrogó hasta el 2011 y la suscrita en el año 2012 vigente para el momento en que se interpuso la demanda (Ver demanda páginas 4 a 14 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones afirmando que no existió vínculo jurídico con la demandante. Aduce que en alguna oportunidad estuvo vinculada bajo la modalidad contractual de prestación de servicios sin que de allí se derive la existencia de alguna relación laboral. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *prescripción, carencia de causa y de objeto, inexistencia de la relación laboral, buena fe, ausencia de responsabilidad y carencia de solidaridad y la genérica*. Como excepciones previas propuso las de *prescripción y falta de competencia* (ver contestación de la demanda

páginas 151 a 183 y 189 a 190 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Dentro del término de traslado, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO llamó en garantía a la ASEGURADORA LIBERTY SEGUROS S.A. (folio 184 a 188 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 27 de marzo de 2017 (folio 326 archivo 01).

En auto de fecha 03 de mayo de 2018 (ver página 122 archivo 02 trámite de primera instancia del expediente digital) se dispuso la integración de la parte demandada con las empresas “TEMPORALES NUEVO MILENIO”, “EST MISIÓN TEMPORAL LTDA”, “EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES ACTIVOS S.A”, “EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES HUMAN TEAM LTDA”, “ALMA MATER – LA RED DE UNIVERSIDADES PUBLICAS DEL EJE CAFETERO SUEJE” y “SOCIEDAD TEMPORALES 1 A BOGOTÁ S.A”, en como litis consortes cuasinecesarios, en cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal en proveído de fecha 13 de febrero de 2018.

La EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES ACTIVOS S.A., contestó la demanda mediante apoderado. Aceptó el vínculo laboral con la demandante del 18 de octubre de 2006 al 31 de julio de 2007 y del 10 de marzo de 2008 al 30 de abril de 2008. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que suscribió con el FNA el contrato estatal No. 132 del 11 de octubre de 2006 con el FNA para el suministro de trabajadores en misión que finalizó a la terminación del contrato estatal, y que no se excedieron los términos previstos en la Ley 50 de 1990. Asegura que pagó la totalidad de las acreencias a la demandante y la afilió al sistema integral de seguridad social. Propuso como excepción previa la *prescripción*, y las excepciones de fondo que denominó *prescripción, pago, compensación, inexistencia de la obligación y la genérica* (folios 138 a 160 archivo 02 trámite de primera instancia).

También contestó la demanda MISIÓN TEMPORAL LTDA mediante apoderado. Aceptó el vínculo laboral con la demandante del 05 de abril de 2005 al 15 de febrero de 2006, del 16 de febrero al 30 de junio de 2006 y del 08 de agosto al 17 de octubre de 2006. Se opuso a las pretensiones afirmando que suscribió contratos por duración de obra o labor para que la demandante acudiera como trabajadora en misión a la empresa usuaria FNA y desarrollar

el cargo de auxiliar administrativo. Aduce que no es procedente lo reclamado en la demanda contra esta empresa en virtud de la prescripción, pues la demanda se presentó en el año 2016 cuando habían transcurrido 10 años desde la finalización del vínculo laboral. Dice que fue el verdadero empleador de la accionante y que cumplió con el pago completo de las acreencias laborales que causó la trabajadora en misión. Propuso como excepción previa la *prescripción*, y las excepciones de fondo que denominó *inexistencia de obligaciones, pago total de las obligaciones, cesión de la facultad subordinante de la demandante al F.N.A., terminación del contrato de trabajo por finalización de la obra o labor contratada, errónea interpretación de las normas legales, trabajadora en misión, compensación, buena fe, mala fe de la demandante, inexistencia de solidaridad entre MISIÓN TEMPORAL LTDA y el F.N.A., prescripción, inexistencia de causa para pedir, genérica, falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de derecho sustantivo* (folios 258 a 306 archivo 02 trámite de primera instancia).

También contestó la demanda la RED DE UNIVERSIDADES DEL EJE CAFETERO PARA EL DESARROLLO REGIONAL “ALMA MATER” hoy SUEJE SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO, mediante apoderado. Aceptó el vínculo laboral con la demandante por el período transcurrido entre el 5 de mayo de 2008 y el 15 de marzo de 2009. Se opuso a las pretensiones afirmando que fue contratada para cumplir obligaciones del contrato interadministrativo No. 089 de 2008 suscrito con el Fondo Nacional del Ahorro, y que los contratos laborales suscritos por la demandante fueron pactados de manera libre y voluntaria sin que haya lugar al pago de acreencias laborales pues la entidad SUEJE pagó todos los derechos causados y no tiene suscrita convención colectiva de trabajo. Propuso las excepciones de fondo que denominó *inexistencia de causa para la vinculación como litisconsorte necesario, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, legal cumplimiento del contrato laboral suscrito con el demandante, cobro de lo no debido, pago, enriquecimiento sin causa, compensación y la innominada* (folios 34 a 39 archivo 05 trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, la RED DE UNIVERSIDADES DEL EJE CAFETERO PARA EL DESARROLLO REGIONAL “ALMA MATER” hoy SUEJE SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO llamó en garantía a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. (folio 53 a 55 archivo 05

del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 08 de octubre de 2021 (folio 326 a 329 archivo 05 trámite de primera instancia).

Igualmente contestó la demanda, mediante apoderado, la sociedad TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.- Aceptó el vínculo laboral con la demandante por el período transcurrido entre el 16 de marzo y el 30 de septiembre de 2009, del 3 de noviembre de 2009 al 23 de marzo de 2010, del 26 de marzo de 2010 al 25 de marzo de 2011, del 5 de abril de 2011 al 13 de marzo de 2012 y del 14 de marzo al 10 de diciembre de 2012. Se opuso a las pretensiones fundamento en que dio estricto cumplimiento a las obligaciones surgidas de los contratos con el usuario FNA para el suministro de personal. Propuso como excepción previa la de *prescripción*, y las excepciones de fondo denominadas *prescripción*, *existencia de vinculación laboral legal*, *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*, *inexistencia de derecho a reconocimiento de acreencias propias de los trabajadores del sector público y buena fe* (folios 100 a 129 archivo 05)

Ante la imposibilidad de notificar personalmente a HUMAN TEAM S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, mediante auto del 24 de enero de 2019 se dispuso su emplazamiento y se le designó curador para la litis (folios 70 y 71, archivo 05). Enterado de la demanda y una vez posesionado, el Curador ad litem designado la contestó. No aceptó ni negó ninguno de los hechos y tampoco se opuso a las pretensiones, a su juicio es el Juez quien debe valorar y decidir en derecho la viabilidad de las pretensiones teniendo en cuenta las pruebas allegadas (folios 225 a 226 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

De igual manera, ante la imposibilidad de notificar personalmente a la empresa TEMPORALES NUEVO MILENIO SOCIEDAD ANÓNIMA EN LIQUIDACIÓN, mediante auto del 09 de agosto de 2019 se dispuso su emplazamiento y se le designó curadora para la litis (folios 229 y 230, archivo 05). Enterada de la demanda y una vez posesionada la Curadora ad litem designada la contestó. No se opuso a las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, no están dirigidas en contra de la entidad que representa y debe ser el Juez quien valore y decida en derecho la viabilidad de las pretensiones teniendo en cuenta la

realidad procesal (folios 281 a 291 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

También se notificó la demanda a LIBERTY SEGUROS S.A. y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A. llamadas en garantía.

La COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A. se opuso a las pretensiones afirmando que el objeto de la demanda no tiene relación sustancial con la aseguradora y no se adeuda ninguna acreencia laboral a la demandante. Dice que la póliza No. 24 GU023509, amparó el contrato interadministrativo No. 089 de 2008 desde el 30 de abril de 2008 y hasta el 30 de abril de 2012, motivo por el cual, únicamente se amparó el periodo que acepta SUEJE, respetando los límites de asegurabilidad. Propuso como excepciones de fondo las de *falta de legitimación en la causa del SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO PARA LUMAR EN GARANTÍA A SEGUROS CONFIANZA*, y de manera subsidiaria las de *ausencia de cobertura en caso de ser condenado el asegurado (FONDO NACIONAL DEL AHORRO) como directo empleador, únicamente se ampararon las acreencias laborales que adeudara el SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO a sus trabajadores, en ejecución del contrato NRO. 089 de 2008, máximo valor asegurado- límite de responsabilidad de la aseguradora, y la genérica* (folios 367 a 378 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

LIBERTY SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones. Afirma que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no está obligado a responder frente a las pretensiones por no haber existido relación laboral o de otra naturaleza con la demandante. Propuso como excepciones de fondo las de *falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, inexistencia de relación laboral entre el demandante y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ausencia de obligación alguna de pago en cabeza del FONDO NACIONAL DEL AHORRO por no ser el empleador de la sra. MARIA ORFA PULIDO, prescripción, buena fe y la genérica*. Frente al llamamiento propuso las excepciones de fondo denominadas *inexistencia de siniestro para las pólizas de cumplimiento no. 2436541 y 2533998, inexistencia de obligación a cargo de LIBERTY SEGUROS S.A. - el eventual seguro llamado a cubrir el pago de las pretensiones de la accionante es la póliza de seguro establecida como requisito de funcionamiento de las empresas de servicios temporales -*

artículo 83 ley 50 de 1990 y artículo 17 decreto 4369 de 2006, inexistencia de obligación a cargo de LIBERTY SEGUROS S.A - ausencia de reclamación por parte del FONDO NACIONAL DE AHORRO en los términos del artículo 1077 del C.CO. - falta de demostración de un eventual siniestro y de la cuantía de la pérdida, pérdida del derecho o reducción de la indemnización del FONDO NACIONAL DEL AHORRO - compensación. incumplimiento del deber del FNA de aminoración del daño, incumplimiento de la carga de evitar la extensión y propagación del siniestro por parte del FNA - no mitigación del hecho dañoso - reducción o pérdida del derecho a la indemnización, las pólizas de cumplimiento No. 2436541 y 2533998. no amparan prestaciones convencionales o extralegales, ausencia de cobertura - la totalidad de las acreencias laborales reclamadas datan de un periodo previo al inicio de vigencia de las pólizas expedidas por ml mandante - límite temporal de la cobertura las pólizas de cumplimiento No. 2436541 Y 2533998 para el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, de manera subsidiaria sujeción a los términos, condiciones, límites y exclusiones de las pólizas de cumplimiento No. 2436541 Y 2533998, buena fe y la genérica (folios 367 a 378 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de mayo de 2023 mediante la cual el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de los varios contratos de trabajo entre la demandante y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en virtud de lo anterior considero que era aplicable la convención colectiva, y con base en ello ordenó el pago de algunos derechos extralegales y de indemnización moratoria, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, y absolvió de las demás pretensiones. Para tomar su decisión el Juez encontró probados los elementos del contrato de trabajo con el FONDO NACIONAL DE AHORRO y que las empresas de servicios temporales actuaron como simple intermediarias, por lo cual procedía la aplicación de la convención colectiva. Absolvió a las otras demandadas y a la S llamadas en garantía por falta de cobertura de la contingencia.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante MARÍA ORFA PULIDO HERRERA y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO existieron bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas los siguientes contratos y por

los siguientes periodos que se pasan a enumerar 1. Entre el 01 de marzo de 2004 al 31 de diciembre de 2004. 2. Entre el 05 de abril de 2005 al 01 de julio de 2006. 3. Entre el 08 de agosto de 2006 al 30 de abril de 2008. 4. Entre el 20 de octubre de 2008 al 30 de septiembre de 2009. 5. Entre el 03 de noviembre de 2009 al 10 de diciembre de 2012. 6. Entre el 28 de abril de 2014 al 14 de agosto de 2014. Estos dos últimos, el del 03 de noviembre de 2009 al 10 de diciembre de 2012 con un salario de \$1.139.536 y el del 28 de abril de 2014 al 14 de agosto del 2014 con un salario de \$690.745, conforme se expuso en la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago a favor de la señora demandante MARÍA ORFA PULIDO HERRERA las siguientes sumas y por los siguientes conceptos: 1. Por concepto de prima extraordinaria a) de 1 de julio de 2012 a 10 de diciembre de 2012 \$506.460 b) del 1 de julio a 14 de agosto de 2014 \$84.424. 2. Por concepto de prima de vacaciones: a) del 3 de noviembre a 10 de diciembre de 2012 \$117.118 b) del 28 de abril a 14 de agosto de 2014 \$203.386. 3. Estimulo de recreación: a) del 3 de noviembre de 2012 al 10 de diciembre de 2012 \$78.078 b) del 28 de abril a 14 de agosto de 2014 \$135.590. 4. Prima de navidad: a) del 1 de enero a 10 de diciembre de 2012 \$538.114 b) del 28 de abril a 14 de agosto de 2014 \$101.693. 5. Bonificación especial de recreación: a) 3 de noviembre a 10 de diciembre de 2012 \$12.661 b) del 28 de abril a 14 de agosto de 2014 \$23.024. 6. Por concepto de reliquidación cesantías a) del 1 de enero de 2012 al 10 de diciembre de 2012, es \$99.444 b) del 28 de abril a 14 de agosto de 2014 \$43.809. 7. Por concepto de indemnización moratoria la suma diaria de \$23.024 a partir del 14 de noviembre de 2014 y hasta que se produzca el pago de las acreencias laborales que acabamos de referir, todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva. TERCERO: ABSOLVER a las integradas a Litis ACTIVOS S.A.S., MISIÓN TEMPORAL LTDA., SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO SUEJE (Antes Red Alma Mater), TEMPORALES 1A BOGOTÁ S.A.S., HUMAN TEAM S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, TEMPORALES NUEVO MILENIO S.A. EN LIQUIDACIÓN y a las llamadas en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción. CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN respecto a los derechos causados con anterioridad al 9 de diciembre del año 2012, y no declaradas las demás excepciones respecto al Fondo Nacional del Ahorro y respecto a las demandadas y llamadas en

garantía las de cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación, e inexigibilidad de las pólizas de cumplimiento, conforme se expuso en la parte motiva. QUINTO: ABSOLVER al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de las demás pretensiones invocadas en la presente acción. SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO para el efecto se fija a favor de la parte actora lo correspondiente a (5) cinco salarios mínimos legales vigentes para el año 2023 y de (1) un SMMLV para el año 2023 y a favor de las demandadas y llamadas en garantía, conforme se expuso en la parte motiva, (1) salario mínimo a favor de cada una de ellas. SEXTO: Si la presente providencia entonces no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica del FONDO NACIONAL DEL AHORRO se remitirán las diligencias al superior para efectos de que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia virtual del 15 de mayo de 2023 archivo 50 min 1:50:30).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO pide que se revoque la ~~sentencia y se absuelva~~ de las condenas impuestas. Afirma que en el presente asunto no se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo, pues la demandante suscribió contratos de obra o labor con empresas temporales. Solicita que se tenga en cuenta la excepción de prescripción teniendo en cuenta la fecha en que se realizó la reclamación administrativa. Aduce que mediante el Decreto 154 de 2022 se modificó la planta del FNA teniendo en cuenta la incorporación de nuevos productos y el crecimiento sustancial de afiliados, lo que demuestra también buena fe de la entidad. Considera que la demandante no acredita la calidad de trabajadora oficial y por ello no proceden las prestaciones extra legales, además de no estar cobijada por la convención colectiva por no haber efectuado los aportes sindicales¹ (Audiencia virtual del 15 de mayo de 2023 archivo 50 min 1:55:36).

¹ “En nombre de mi representada Fondo Nacional del Ahorro y pues amparado en el artículo 75 del Código procesal del trabajo y la Seguridad Social interpongo pues el recurso de apelación pertinente para que el honorable Tribunal Sala Laboral a su juicio pues revise, modifique o revoque el fallo aquí emitido solicito que el superior el tribunal revise si se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo estipulados por el artículo 23 del código sustantivo teniendo en cuenta que la demandante nunca suscribió contratos por obra labor con mi representada siempre como quedó probado lo hizo con las distintas empresas temporales aquí presentes incluyendo optimizar servicios temporales a la cual no fue pues posible materializar su llamado por encontrarse pues en liquidación y no estoy de acuerdo pues no se probó que hayan recibido pues instrucciones de mi representada siempre ella fue consciente de los derechos y obligaciones contenidas en cada uno de los contratos que suscribió de los plazos pactados de los estipulado en los mismos esto sin olvidar que por cada contrato se liquidó la totalidad de las prestaciones satisfechos configurando pues a mi

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que la demandante prestó servicios a favor del FNA, y para el efecto suscribió los contratos que se relacionan a continuación:

Contrato	Modalidad/Vinculación	Fecha Inicio	Fecha Final
Prestación de servicios	PNUD	01/03/2004	30/06/2004
Prestación de servicios	Prestación de servicios	01/07/2004	31/12/2004
Obra o Labor	EST Misión Temporal	05/04/2005	16/02/2006
Obra o Labor	EST Misión Temporal	16/02/2006	01/07/2006
Obra o Labor	EST Misión Temporal	08/08/2006	17/10/2006
Obra o Labor	Activos SA	18/10/2006	31/07/2007

modo ver la inexistencia de una relación laboral con mi representada la cual pues al fin y al cabo como como se conoció fungía como empresa usuaria bajo los parámetros establecidos en la ley 50 del 90 artículo 76, 77 y subsiguientes y toda la normatividad y la jurisprudencia que a ello se ha referido igualmente para que el superior revise las respuestas dadas por la demandante al interrogatorio de parte hecho por el aquí suscrito ya que cuando le pregunté si suscribió los contratos por voluntad propia si recibió a satisfacción los salarios prestaciones y liquidaciones por los servicios prestados entre otras ella me contestó que sí satisfecha, situación que configura a mi juicio una inexistencia de obligaciones por parte de mi prohijada. Igualmente sin que se constituya un reconocimiento de los hechos y las pretensiones formuladas por el actor, se formuló la excepción de prescripción frente al reconocimiento de acreencias laborales durante el periodo comprendido entre el primero de marzo del 2004 y el 10 de diciembre del 2012 fecha en la que se hace la reclamación fecha en la que se hace la reclamación administrativa recordando que en materia laboral los artículos 488 y 151 del código sustantivo del trabajo coinciden en señalar un término de tres años que se cuentan desde la respectiva obligación se haya hecho exigible igualmente la doctrina y la jurisprudencia lo han reiterado también pues importante como lo dije en mis alegatos audiencia anterior manifestar el año anterior se expidió el decreto 154 en el cual se modificó la estructura del fondo Nacional del ahorro y se determinan las funciones de cada dependencia teniendo en cuenta que en los últimos 20 años se han incorporado nuevos productos generando un crecimiento sustancial en la cantidad de afiliados vinculados lo que justifica una modificación que permita que se ajuste a las nuevas necesidades de la organización desenfoque estratégico y le permite hacer más robusto y flexible lo anterior también para demostrar la buena fe que siempre ha caracterizado a mi representada prueba de ello la suscripción de los diferentes contratos comerciales e interadministrativos con las empresas de servicio temporal esto también para ir pues no estoy de acuerdo tampoco con la sanción moratoria pues nunca a mi juicio no sé nunca se probó la mala fe que haya tenido por todo lo anterior pues no le asiste a la actora la calidad de trabajadora oficial y por ende no debe ser acreedora a las prestaciones extra legales que aquí fueron impuestas. De igual forma tampoco esta cobijada por la convención colectiva de trabajo por la siguiente razón, la actora lo que pretende es el reconocimiento de las prestaciones contenidas en la convención colectiva de trabajo celebrará entre el fondo Nacional del ahorro y el Sindicato de trabajadores SINDEFONADOR desconociendo la misma el artículo tercero el campo de aplicación el cual se aplicará a los trabajadores oficiales que laboran el servicio al Servicio del fondo Nacional del ahorro sin tener la misma esa condición. De igual forma el artículo noveno sobre descuentos sindicales especiales manifiesta que los trabajadores no sindicalizados por el hecho de beneficiarse de la presente convención colectiva y según lo establecido en las normas pertinentes del código sustancial del trabajo deberán pagar al Sindicato de trabajadores del fondo Nacional de ahorro una suma igual a una cuota ordinaria contribuyen las afiliaciones del sindicato en cuanto a lo mencionado anteriormente no se evidenció ni se probó dentro de la presente demanda que la actora de la misma hiciera el pago de la respectiva cuota ordinaria por ende no tendría derecho a dichas prestaciones y ya por último por no estar de acuerdo con los emolumentos o prestaciones extra legales incluyendo las convencionales aquí reconocidas en los tiempos mencionados en las consideraciones y el resuelve solicito revocar el fallo de primera instancia y por ende las condenas impuestas y también las costas teniendo en cuenta las razones expuestas anteriormente muchas gracias."

Obra o Labor	Human Team Ltda	01/08/2007	09/03/2008
Obra o Labor	Activos SA	10/03/2008	30/04/2008
Obra o Labor	SUEJE	01/05/2008	12/09/2008
Obra o Labor	SUEJE	20/10/2008	03/03/2009
Obra o Labor	Temporales UNO SA	16/03/2009	30/09/2009
Obra o Labor	Temporales UNO SA	03/11/2009	23/03/2010
Obra o Labor	Temporales UNO SA	26/03/2010	25/03/2011
Obra o Labor	Temporales UNO SA	05/04/2011	13/03/2012
Obra o Labor	Temporales UNO SA	14/03/2012	10/12/2012
Obra o Labor	Optimizar	28/04/2014	14/08/2014

Los hechos anteriores encuentran prueba -además- en los documentos de los folios 15 a 43 archivo 01, 162 a 246 archivo 02, 317 a 356 archivo 02 y 40 a 61 archivo 05 del trámite de primera instancia del expediente digital.

En consonancia con el recurso, el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si entre la demandante y FONDO NACIONAL DEL AHORRO existió un vínculo de trabajo o no; y en dado caso, (ii) si procede el pago de las prestaciones extralegales, indemnización moratoria, y la condena en costas.

(i) RELACIÓN LABORAL. Sea lo primero advertir que en el lapso transcurrido entre el 1 de marzo de 2004 al 31 de diciembre de 2004 la demandante se vinculó al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a través de contrato de prestación de servicios suscrito con el PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO PNUD y directamente con el FNA desde el 5 de abril de 2005 al 14 de agosto de 2014, de manera interrumpida, se vinculó mediante contratos de obra o labor con mediación de EST MISIÓN TEMPORAL LTDA, EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES ACTIVOS S.A, EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES HUMAN TEAM LTDA, ALMA MATER – LA RED DE UNIVERSIDADES PUBLICAS DEL EJE CAFETERO SUEJE, SOCIEDAD TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A. Y OPTIMIZAR S.A., todos ellos para prestar sus servicios al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

a) Frente al periodo en el cual la vinculación se hizo mediante CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, el artículo 1° de la ley 6ª de 1945 dispone la existencia de contrato de trabajo entre la administración pública y la persona que presta un servicio personal, bajo continuada dependencia, por oposición

—dice la norma- a aquellos se celebran para la ejecución de una labor determinada sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla, y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del empleador. Así las cosas, la prueba de un servicio personal y subordinado impone al juez declarar la existencia de un contrato de trabajo. Por mandato del artículo 53 Constitucional, en este tipo de relaciones prima la realidad sobre las formas pactadas por las partes.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal encuentra prueba del servicio personal prestado por la demandante con la copia del contrato de servicios que obra en el expediente, suscrito entre el PNUD (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO) por solicitud del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y MARÍA ORFA PULIDO HERRERA (ver páginas 16 a 25 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), la certificación expedida por el PNUD que da cuenta de la suscripción de los contratos de prestación de servicios profesionales CON9602640246 y CON9602630752 (ver página 15 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), y con la certificación expedida por el FNA (ver página 19 archivo 1 trámite de primera instancia del expediente digital) según la cual desde el 1 de julio de 2004 hasta la fecha de expedición -05 de enero de 2005- la demandante prestó sus servicios como Auxiliar Administrativo II en la División de Cesantías.

De estos mismos documentos se evidencia además que desde el punto de vista formal las partes acordaron contratos de prestación de servicios regulados por el derecho privado, por lo cual no cabe aplicar a este proceso las particularidades probatorias o las presunciones de legalidad que las normas legales contemplan para el contrato administrativo de prestación de servicios regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que contiene la ley 80 de 1993.

Además, se allegaron pruebas que demuestran claramente que la relación de servicios que ejecutó MARÍA ORFA PULIDO HERRERA estuvo *sujeta a horario, reglamentos y control especial del empleador* (como dice la norma). La evidencia allegada al plenario da cuenta clara de que su labor se realizó con sometimiento a órdenes y a reglamentos de quien la contrató. En este sentido, además de las pruebas ya referidas, se obra el *informe de gestión*

contratista PNUD de fecha 25 de junio de 2004 (Ver páginas 20 a 24 archivo 001 trámite de primera instancia del expediente digital), y el testimonio rendido en el proceso por MARTHA PERDOMO, quien dijo haber prestado sus servicios al FNA en el área de cesantías y que era compañera de la demandante, afirmó que MARÍA ORFA prestaba servicios en el área de cesantías, que era subordinada y recibía ordenes de trabajo de ALEJANDRO CASTILLO -director de cesantías del FNA-, debía cumplir un horario igual que los demás empleados de esa área, debían atender público, y la hora de salida se sujetaba a la atención de los afiliados, agregó que el grupo de cesantías en el que trabajaba la demandante está conformado por 50 o 60 personas y que les fueron pagadas todas las acreencias causadas con base en la ley.

No se desvirtúa la existencia de subordinación con el texto del *contrato de prestación de servicios* suscrito por la actora, pues el artículo 53 de la Constitución Política dispone para los asuntos del trabajo primacía de la realidad sobre las formas y prohíbe la renuncia a los derechos que puedan surgir de una relación de trabajo en favor del trabajador.

Tampoco se advierte confesión sobre autonomía del interrogatorio de parte rendido por la demandante, pues en su declaración dijo que suscribió inicialmente un contrato de prestación de servicios a través del PNUD con el FONDO NACIONAL DE AHORRO, y luego, por orden del mismo fondo, suscribió contratos con empresas de servicios temporales de manera sucesiva. En su declaración, describió las funciones que le fueron encargadas, como le eran impartidas las ordenes, así como el horario que se extendía hasta finalizar la atención a los afiliados.

Se demostraron entonces todos los elementos del contrato de trabajo en las relaciones de servicios que desarrolló la demandante en beneficio del FONDO NACIONAL DEL AHORRO mediante contratos civiles de prestación de servicios, como lo dedujo el juez en la sentencia apelada. Pero aún si no se pudiera llegar a esta conclusión por prueba directa, de todas formas, obró en favor de la demandante la presunción legal de existencia de dicho contrato según lo establece el artículo 20 del decreto 2127 de 1945, presunción que no fue desvirtuada por la demandada, pues no aportó pruebas de las cuales se pueda concluir válidamente que los servicios se desarrollaron con autonomía técnica y directiva, es decir sin subordinación del contratante.

Se precisa, que conforme las pruebas aportadas la demandante acreditó el vínculo mediante contrato de prestación de servicios hasta el 5 de enero de 2005, en particular, la certificación expedida por el FNA que indica que desde el 01 de julio de 2004 y hasta la fecha de expedición -05 de enero de 2005- la demandante presto sus servicios como Auxiliar Administrativo II en la División de Cesantías, de lo que se concluye que por lo menos hasta esa fecha prestó sus servicios en una primera oportunidad. No obstante, no se modificará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato “1. *Entre el 1 de marzo de 2004 al 31 de diciembre de 2004*”, para no agravar el interés del único apelante.

b) De otra parte, en los tiempos durante los cuales la vinculación se hizo como *trabajadora en misión* de EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, se debe advertir que si bien el Decreto 4369 de 2006 que reglamentó los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990 permite la vinculación de trabajadores con intermediación de una Empresa de Servicios Temporales, solo resulta válida esta forma de vinculación para una cualquiera de las siguientes actividades: i) para atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, a las que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; ii) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; o iii) para atender incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o mercancías, o durante los períodos estacionales de cosechas, e incrementos en la prestación de servicios. Las normas limitan además la procedencia de la vinculación en esta modalidad a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales, advirtiendo claramente, en el parágrafo del artículo 6°, que transcurrido el primer año NO se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con otra empresa de esta naturaleza aunque la causa que originó el servicio subsista en la empresa usuaria.

Con ello el ordenamiento jurídico evita que esta modalidad de contratación se utilice fraudulentamente por el empleador para la atención de actividades permanente de la empresa mediante contratación precaria y fraccionada de sus trabajadores por lapsos cortos.

Puestas así las cosas, cuando se cumplen los requisitos señalados atrás, la EST (Empresa de Servicios Temporales) será el real empleador de los trabajadores y ninguna responsabilidad tendrá la empresa usuaria frente a las obligaciones que surjan a cargo de dicho empleador. Pero si tales requisitos no se cumplen, la EST será un simple intermediario en una relación de trabajo que -en realidad- se habrá desarrollado entre el trabajador y la aparente empresa usuaria o beneficiaria de los servicios.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la existencia de varios contratos entre la demandante y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, así: (i) Entre el 05 de abril de 2005 al 01 de julio de 2006, (ii) Entre el 08 de agosto de 2006 al 30 de abril de 2008, (iii) Entre el 20 de octubre de 2008 al 30 de septiembre de 2009, (iv) Entre el 03 de noviembre de 2009 al 10 de diciembre de 2012, y (v) Entre el 28 de abril de 2014 al 14 de agosto de 2014, en los cuales EST MISIÓN TEMPORAL LTDA, EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES ACTIVOS S.A, EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES HUMAN TEAM LTDA, ALMA MATER – LA RED DE UNIVERSIDADES PUBLICAS DEL EJE CAFETERO SUEJE, SOCIEDAD TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A. Y OPTIMIZAR S.A. fungieron como simples intermediarias en lo tiempos que se relacionan a continuación²:

Contrato	Modalidad/Vinculación	Fecha Inicio	Fecha Final
Obra o Labor	EST Misión Temporal	05/04/2005	16/02/2006
Obra o Labor	EST Misión Temporal	16/02/2006	01/07/2006
Obra o Labor	EST Misión Temporal	08/08/2006	17/10/2006
Obra o Labor	Activos SA	18/10/2006	31/07/2007
Obra o Labor	Human Team Ltda	01/08/2007	09/03/2008
Obra o Labor	Activos SA	10/03/2008	30/04/2008
Obra o Labor	SUEJE	01/05/2008	12/09/2008
Obra o Labor	SUEJE	20/10/2008	03/03/2009
Obra o Labor	Temporales UNO SA	16/03/2009	30/09/2009
Obra o Labor	Temporales UNO SA	03/11/2009	23/03/2010
Obra o Labor	Temporales UNO SA	26/03/2010	25/03/2011

² Se establecen estos extremos temporales atendiendo las interrupciones que se evidencia entre los múltiples contratos. Al efecto, en aquellos donde la interrupción fue de unos cuantos días y en todo caso sin superar el mes de duración, se entiende que no hubo solución de continuidad, en los demás casos, se entiende que si existió solución de continuidad y por ello se establece la existencia de varios contratos, así (i) del 05 de abril de 2005 al 01 de julio de 2006, (ii) del 08 de agosto de 2006 al 30 de abril de 2008, (iii) del 20 de octubre de 2008 al 30 de septiembre de 2009, (iv) del 03 de noviembre de 2009 al 10 de diciembre de 2012, y (v) del 28 de abril de 2014 al 14 de agosto de 2014.

Obra o Labor	Temporales UNO SA	05/04/2011	13/03/2012
Obra o Labor	Temporales UNO SA	14/03/2012	10/12/2012
Obra o Labor	Optimizar	28/04/2014	14/08/2014

Se llega a la anterior conclusión al advertir que se superaron con creces los límites temporales y el objeto que la norma habilita para la contratación de trabajadores en misión. El parágrafo del artículo 6º del Decreto 4369 de 2006 señala claramente que transcurrido el primer año de vinculación NO se podrá prorrogar el contrato en misión ni celebrar uno nuevo con la misma o con otra empresa de esta naturaleza aunque la causa que originó el servicio subsista en la empresa usuaria). Además la demandada no probó que la demandante estuviera laborando en las únicas actividades que autoriza el ordenamiento jurídico para los trabajadores en misión (*labores ocasionales, reemplazar personas en vacaciones o licencias, o atender incrementos en la producción*, artículo 77 de la Ley 50 de 1990). Las pruebas aportadas demuestran, por el contrario, que se prestaron servicios personales de manera continua en labores habituales y permanentes de la entidad, en la división de cesantías, de lo cual dan cuenta los contratos de trabajo suscritos por el demandante con las EST, las liquidaciones de prestaciones sociales y acreencias elaboradas por éstas, y la declaración de la testigo traída al proceso MARTHA PERDOMO.

Ninguna prueba testimonial fue allegada por las demandadas para desvirtuar lo anterior y, contrario a lo afirmado en el recurso, las documentales aportadas al expediente (contratos suministro personal y los otrosíes que los modifican) pese a indicar que se celebraban por el término de 3, 06 y 12 meses, demuestran la continuidad de las labores, de los contratos laborales celebrados con la demandante, y son claros y reiterativos en señalar que se realiza la contratación de las EST debido a la necesidad de proveer personal para “soportar y apoyar las actividades misionales y conexas del FNA” , a manera de ejemplo el contrato estatal No. 129 de 2005 suscrito con MISIÓN TEMPORAL LTDA se lee ““...teniendo en cuenta las metas del plan estratégico y los compromisos asumidos para dar mayor celeridad a los procesos internos, resulta de gran importancia contar con los servicios de una empresa de servicios temporales que apoye a los distintos procesos misionales de la entidad con recurso humano adicional...” (archivo 02 folios 339 a 344 trámite de primera instancia).

Se debe recordar que la sentencia C-330 de 1995 definió la legalidad de la relación a través de Empresas de Servicios Temporales, por seis meses y *"hasta seis (6) meses más"*, advirtiendo claramente que *"(...) Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino"*.

(ii) DERECHOS CONVENCIONALES.

Acreditada la existencia de la relación de trabajo surge la condición de trabajadora oficial en la demandante. Además y acorde con lo previsto en el artículo 471 del C.S.T. resulta beneficiaria de la convención colectiva suscrita por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y el sindicato SINDEFONAHORRO que tuvo vigencia entre el 1° de enero de 2012 y el 31 de marzo de 2014, cuyo texto fue allegado al expediente con la respectiva constancia de depósito (ver páginas 84 a 119 del archivo 01 del trámite de primera instancia del expediente digital), pues el artículo tercero (3) de dicha convención extiende los beneficios a los trabajadores oficiales que laboraban al servicio de la entidad.

No obstante se debe tener en cuenta que la demandante solo elevó reclamación hasta el 09 de diciembre de 2015 (folios 144 a 146 archivo 01) en la que solicitó el pago de los derechos derivados de la convención colectiva, razón por la cual, operó la excepción de prescripción de las acreencias convencionales causadas con anterioridad al 09 de diciembre de 2012, como quiera que la presentación de la demanda se realizó el 27 de junio de 2016 (ver folio 147 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

En ese orden se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el pago de la prima extraordinaria, prima de vacaciones, estímulo de recreación, prima de navidad y bonificación especial de recreación, nacidos de la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, tal como fue definido en primera instancia.

Ahora, en relación con la reliquidación de las cesantías en virtud del reconocimiento de los anteriores beneficios convencionales, se debe señalar que por disposición expresa del artículo 40 del Decreto 1045 de 1978 para el reconocimiento y pago de esta prestación a los trabajadores oficiales se estará

a lo dispuesto en las normas legales vigentes sobre la materia, en este caso la Ley 50 de 1990 que impuso la liquidación anual de este auxilio e independientemente del régimen de liquidación que se aplique, el derecho se causa *en favor* del trabajador cuando termina el contrato de trabajo y solo a partir de ese momento lo puede *exigir* al empleador mediante las acciones judiciales pertinentes, según lo dispone expresamente el artículo 249 del CST.

Con estas premisas normativas, como quiera que en el presente asunto se declaró la existencia de varios contratos no operó la prescripción del auxilio de cesantía respecto de los vínculos que se ejecutaron entre el 3 de noviembre de 2009 y el 10 de diciembre de 2012, y el que se ejecutó del 28 de abril de 2014 al 14 de agosto de 2014, como quiera que la reclamación administrativa fue presentada el 09 de diciembre de 2015 (página 144 a 146 archivo 01) con lo cual interrumpió el término prescriptivo. No obstante, no se modificará la decisión de primera instancia que impartió condena únicamente por el auxilio de las cesantías de los años 2012 y 2014 para no agravar el interés del único apelante.

(iii) INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

Finalmente y frente a la condena al pago de sanción moratoria, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia: *“la sanción moratoria prevista en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe. (...) También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita*

*llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley”.*³.

Bajo la anterior premisa normativa se revocará la condena al pago de sanción moratoria, pues se demostró por confesión de la demandante, que le fueron pagados todos los derechos laborales de origen legal que pudieron surgir en su favor durante la relación de trabajo, y si bien surgieron algunas diferencias en la liquidación de prestaciones sociales por pagos extralegales derivados de la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, ellas tuvieron origen en la declaración de relación de servicios subordinados pese a que formalmente la demandante tenía vínculo como trabajadora del sector privado en misión y no había un vínculo formal como trabajadora oficial, por ello no estaba en la nómina de servidores de la entidad, ni estuvo afiliada a una organización sindical ni fue objeto de descuentos en su salario por las cuotas sindicales que darían acceso a los derechos convencionales. Ello permitía a la demandada entender, con razones posibles, que no estaba obligada a efectuar el pago de los derechos convencionales que se otorgaron judicialmente.

Se reitera que los derechos laborales que se causaban, sin duda alguna, en favor de la demandante por aplicación de la Ley le fueron pagados oportunamente y en su totalidad.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho reiteradamente que la sanción moratoria no se puede imponer de forma inexorable y automática frente a la mora, pues bien puede el empleador haber obrado con buena fe, y esta se deriva, entre otras razones, del entendimiento plausible de no estar obligado a pagar los valores que se deducen en su contra en un proceso judicial.

COSTAS

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos,

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4076-2017:

como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio (ver contestación archivo 01).

Sin condena en COSTAS de segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR**, del numeral SEGUNDO de la sentencia apelada, la condena impuesta al pago de indemnización moratoria.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

Salvo voto


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

En razon a que la competencia
Corresponde a la jurisdiccion conttencisa
En virtud de los Autos A739-2021 y A406
2022 de la Corte Constitucional

EXP. 18 2022 00240 01
Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ANA RUTH NOPE GARZÓN CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2023 por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ANA RUTH NOPE GARZÓN presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., y se ordene a PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES el capital por el tiempo cotizado al RAIS incluyendo el cotizado en el RPM válido para el bono pensional, con los rendimientos provenientes incluida la cuota de administración, y se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada y a

EXP. 18 2022 00240 01
Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

aceptar el capital así como a reconocer la pensión de vejez a partir de que se acredite el retiro del sistema (ver demanda folios 4 a 12 archivo 01 y su subsanación folios 3 a 6 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda que involucren a esa entidad, en especial a que se declare la ineficacia del traslado de la demandante, por cuanto se trata de un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se prueba con el formulario de afiliación suscrito por la demandante de forma libre y espontanea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y generó derechos y obligaciones pues cumplió los requisitos previstos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no es causal de nulidad porque la fórmula para dicho cálculo está contemplada en la Ley 100 de 1993, y que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Propuso en su defensa, las excepciones de mérito 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 declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica* (ver contestación folios 04 a 33 archivo 08, primera instancia).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado efectuado por la demandante el 24 de octubre del 2003 con esa AFP fue producto de una decisión libre tras haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente en una asesoría en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del

EXP. 18 2022 00240 01
Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

régimen de ahorro individual con solidaridad, las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo ese régimen de conformidad con lo establecido en la ley, tal como consta en el formulario de afiliación, documento que se presume auténtico. Advierte que la demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la ley 797 de 2003 que le impide trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de mérito las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restitución de mutuas, excepción genérica* (ver contestación folios 2 a 25, archivo 09, primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, afirma que la afiliación se realizó con la plena voluntad de la cotizante, quien suscribió por decisión propia el formulario cumpliendo con los requisitos legales. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 por lo que el traslado en este momento es ilegal e improcedente. Considera poco razonable que la demandante no elevara peticiones al evidenciar irregularidades, y tan solo 20 años después solicite el traslado. En su defensa propuso 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, innominada o genérica* (ver contestación folios 03 a 28 archivo 10, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que los fondos privados no garantizaron una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Frente a la solicitud de

EXP. 18 2022 00240 01
Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

reconocimiento pensional dijo que solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya actualizado la historia laboral de la demandante.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que realizó la señora ANA RUTH NOPE GARZÓN, identificada con cedula de ciudadanía 20.685.450, a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN efectuada el 24 de septiembre del 1996 con fecha de efectividad el 01 de noviembre de ese mismo año, y consecuentemente declarar la ineficacia de los traslados realizados a PORVENIR para el 3 de marzo del 1999, con fecha de efectividad 01 de mayo de ese mismo año, a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, efectuada el 24 de octubre de 2003, con fecha de efectividad del 01 de diciembre de ese mismo año y finalmente a ING hoy PROTECCIÓN para el 16 de febrero del 2007, con fecha de efectividad del 01 de abril de ese mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: DECLARAR que, para todos los efectos legales, la señora ANA RUTH NOPE GARZÓN, identificada con cedula de ciudadanía 20.685.450, nunca se ha trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a trasladar dentro de los 45 días siguiente a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante ANA RUTH NOPE GARZÓN, identificada con cedula de ciudadanía número 20.685.450 como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieran causado, sin lugar a descuento alguno, deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que al momento de cumplirse con esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detallado pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a aceptar dichos valores, y tener como válida*

EXP. 18 2022 00240 01
Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

la afiliación de data 5 de diciembre del 1983, por lo que deberá incluir en la base de datos y sistema de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante, en el régimen de prima medida con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo. QUINTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la ley 100 del 1993, modificado por la 797 del 2003 a favor de la aquí demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. SEXTO: DECLARAR no probadas la excepción de prescripción conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el despacho se revela de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas. SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES PORVENIR y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, en las que deberá incluirse por concepto en agencias en derecho, la suma equivalente a \$1.000.000 de pesos por cada una y a favor de la demandante. Sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES. OCTAVO: SI NO FUERA apelado consúltese con el superior.” (Audiencia virtual, récord 1:40:34, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. afirma que no hay lugar a trasladar los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinados al fondo de garantía de pensión mínima, por tratarse de montos de una obligación de tracto sucesivo y por ser recursos que tienen origen legal. Asegura que el traslado de dichos dineros generaría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones. Por otra parte, considera que no hay lugar a la indexación ya que los rendimientos compensan la pérdida del poder adquisitivo y se generaría una doble condena, al efecto cita la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en decisión del 31 de octubre de 2022¹ (Audiencia virtual, récord 1:43:42, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “su señoría en este momento me gustaría presentar recurso de apelación en forma parcial contra el numeral tercero de la providencia proferida por su despacho esto frente a la orden de trasladar gastos de administración primas de seguros, previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima los mismos que deben trasladarse de forma indexada, indicando a los señores magistrados que no hay

EXP. 18 2022 00240 01
Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que no se probaron vicios del consentimiento al momento de la escogencia del régimen y se dio cumplimiento a los requisitos legales para la época de la afiliación. Asegura que acceder a las pretensiones de la demanda afectaría los postulados del Acto Legislativo 01 del 2005 que establece el principio de la estabilidad económica del sistema² (Audiencia virtual, récord 1:46:55, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

razón alguna para que se condene a mi representada porvenir a generar una devolución, teniendo en cuenta que estos montos corresponden a una obligación de tracto sucesivo por lo que dicha suma no entra en los dineros con los cuales se hubiere financiado la prestación pensional de la demandante si esta siguiera vinculada con porvenir, los mismos son dineros que la ley 100 de 1993 estipuló con una cuota de administración que se materializa en la buena gestión que hizo mi representada de los aportes, lo cual se evidenció en los rendimientos que se generaron durante los años que la misma se vinculó con porvenir y con horizontes, respectivamente así mismo el traslado de dichos dineros generaría un enriquecimiento sin injusta causa para colpensiones ya que se le trasladaría en unas sumas de los cuales no tuvo administración alguna durante más de 27 años de los dineros aportados por la aquí demandante al régimen de ahorro individual frente a la indexación, me permite destacar que las sumas ya mencionadas ya se encuentran actualizadas monetariamente en la declaración de un pago indexado se está generando una doble condena en contra de mi representada ya que los rendimientos al ser sumas actualizadas superan con creces cualquier devaluación económica que puedo haberse presentado frente a las sumas a retornar a favor de la demandante y también es importante señalar que dichas sumas fueron remitidas a protección en el año 2007 cuándo la demandante se trasladó horizontalmente dentro de los fondos por lo cual porvenir en este momento no cuenta con ningún dinero o ningún saldo a favor de la demandante por lo cual me permito citar la decisión del tribunal superior de distrito judicial de cali, magistrado ponente Carlos Alberto olivero, en decisión del 31 de octubre del 2022 proceso que deja alusión contra Colpensiones y porvenir, en la cual se indicó que frente a la indexación abro comillas la sala considera que no hay lugar ha dicha posición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar cierro comillas con esto dejo sustentado mi recurso de apelación señoría gracias”

² “muchas gracias, señoría, por el uso de la palabra siendo este el momento procesal oportuno me permito interponer el recurso de apelación, el cual sustento en la siguiente forma según lo expuesto en el proceso no se dio por probado por la parte demandante la existencia de una voluntad viciada en el momento en el que se dio la escogencia del régimen por parte de la misma, por cuanto como se pudo observar en el interrogatorio de parte la parte actora, no se vio coaccionada para diligenciar su formulario de afiliación y el cual se dio pues cumpliendo los requisitos legales de la época es por ello que en virtud de su libre escogencia y permanencia en el tiempo se estructuró su prestación pensional de vejez en el régimen de ahorro individual lo cual se corroboró con los traslados horizontales que hizo la parte actora por último su señoría declararse de forma positiva las pretensiones de la parte demandante se estaría afectando directamente a los postulados del acto legislativo 01 al 2005, el cual pues adiciona la carta política el artículo 48, el cual pues es el principio de estabilidad económica del estado y pues este está enfocado en mantener la seguridad prestacional del mismo bajo estos breves aspectos su señoría dejo expuesto el recurso apelación, muchas gracias”

EXP. 18 2022 00240 01

Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

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

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

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

EXP. 18 2022 00240 01

Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

tenía 37³ años de edad y había cotizado 398,71⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 7 años 7 meses 20 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada ya tenía la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 63 años de edad- ver folio 64 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6, 7}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

³ Nació el 06 de mayo de 1959, folio 64 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Protección folio 60 archivo 08, certificado CETIL folios 174 a 180 archivo 10.

⁵ Ibidem

⁶ *Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁷ *Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".*

EXP. 18 2022 00240 01
Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PROTECCIÓN no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el

EXP. 18 2022 00240 01
Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que el asesor del fondo privado le indicó que el ISS se iba a acabar, además le puso de presente que el fondo privado tenía buenos rendimientos (Audiencia virtual del 17 de noviembre de 2023, récord 20:07).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Se resalta que, pese a que la demandante se encontraba afiliada a una CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL, el traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy

EXP. 18 2022 00240 01

Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

COLPENSIONES, y estableció que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley”*. Sobre la materia, también se debe señalar lo establecido en el Decreto 2527 de 2000, en el que se establece que las Cajas, Fondos, o entidades públicas continuaran reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados a cargo de aquella y de PORVENIR S.A. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen la indexación con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues la indexación es solo la manera de

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”*.

EXP. 18 2022 00240 01
Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

mantener el poder adquisitivo de los gastos de administración que deben ser devueltos, con cargo a los recursos de la AFP, como ya se dijo.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

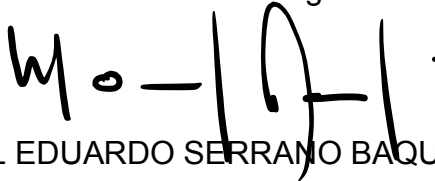

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 18 2022 00240 01
Ana Ruth Nope Garzón contra Colpensiones y otros.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 20 2021 00635 01
Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GABRIEL ZAMBRANO AGRESOTT
CONTRA ISMOCOL S.A., OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y
OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA, trámite al que se vinculó
como llamada en garantía a CHUBB SEGUROS COLOMBIA.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2023 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se declaró que entre el demandante e ISMOCOL S.A. existieron dos contratos de trabajo y se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, GABRIEL ZAMBRANO AGRESOTT presentó demanda contra ISMOCOL S.A., OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. y OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que existió un contrato de trabajo con ISMOCOL S.A., que no se pagaron la totalidad de salarios y prestaciones causados, y que dicho contrato terminó por despido injusto, en consecuencia pide que se condene a ISMOCOL S.A. y solidariamente a OCENSA y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. a pagar indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa de su contrato de trabajo, recargos por trabajo extra, nocturno, dominical y festivo que se causaron tiempos de *disponibilidad absoluta y permanente*, reajustar los viáticos, prestaciones legales extralegales y aportes a seguridad social en pensión con el salario realmente

devengado, esto es teniendo en cuenta las bonificaciones habituales y la disponibilidad absoluta, pagar los aportes a pensión mediante cálculo actuarial en el tiempo durante el cual no haya existido afiliación al sistema pensional, así como los salarios, prestaciones sociales y demás créditos laborales causados durante los supuestos periodos de interrupción entre contrato y contrato. Además, pide que se condene a las demandadas al pago de la indemnización moratoria consagrada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación o consignación incompleta de cesantías, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T, y la indexación de los conceptos respecto de los cuales no proceda la indemnización moratoria. En caso de que se advierta la existencia de varios contratos solicita, en subsidio, que se concedan las mismas pretensiones declarativas y de condena respecto de cada relación laboral probada.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que ISMOCOL suscribió con OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A., respectivamente, los contratos marco No. 38026636 y 8000002628 cuyo objeto consistió en el mantenimiento mecánico, preventivo, correctivo y atención de emergencias de los oleoductos de esas empresas, para cuya ejecución se acordó que se atenderían las directrices contenidas en los manuales de especificaciones técnicas generales denominados “*Servicio de mantenimiento preventivo, correctivo y atención de eventos anormales (emergencias) en los oleoductos Ocesa y Oleoducto de Colombia S.A.*” y AB-FT 013, expedidos por las contratantes, en los que se describen las *condiciones, obligaciones, requerimientos, procedimientos y controles mínimos que debe cumplir el contratista (Ismocol S.A.)*. Asegura que conforme al objeto contractual de ISMOCOL S.A. se obligó a garantizar la prestación del servicio las 24 horas del día, todos los días, durante la vigencia del contrato, y a mantener en *forma exclusiva y permanente* un grupo de personal básico y por demanda (recurso permanente) del cual hizo parte, lo que lo obligó a estar permanentemente disponible y a mantener, por fuera de la jornada ordinaria laboral, una programación de disponibilidad para la atención del mantenimiento y emergencias de los oleoductos en horas nocturnas, fines de semana y festivos. Indica que ISMOCOL S.A. adoptó el manual de funciones responsabilidades y

autoridad de su personal (ICH-MOCE-M 01) y asumió la obligación *de aplicar al personal básico y variable contratado el régimen salarial y prestacional establecido entre OCENSA, Oleoducto de Colombia y la USO*, motivo por el cual, considera tener derecho a los beneficios convencionales consagrados en la *convención de beneficios* que no le fueron reconocidos en vigencia de la relación laboral. Asevera que la relación laboral no tuvo solución de continuidad y por ende existió un solo vínculo desde el 22 de noviembre de 2016 hasta el 29 de diciembre de 2018, aunque formalmente entre las partes se suscribieron varios contratos de trabajo, pues se desempeñó siempre como *Auxiliar de Mantenimiento de Oleoducto* y devengó un salario diario de \$80.783. Refiere que el contrato terminó por *despido injustificado por parte de ISMOCOL S.A.* el 29 de diciembre de 2018 y que mientras estaba a la espera de suscribir un nuevo contrato debía permanecer en *disponibilidad absoluta*. Indica que durante la vigencia de la relación laboral no se le consignaron la totalidad de las cesantías ni de los viáticos devengados y que, en múltiples ocasiones, mientras estaba pernoctando, tuvo que interrumpir su tiempo de sueño para atender funciones del contrato. Indica que OLEODUCTO CENTRAL y OLEODUCTO DE COLOMBIA, se beneficiaban en forma directa de las labores que desarrollaba, y que los objetos sociales de estas compañías guardan identidad y son conexas entre sí. De otra parte, aduce que durante toda la relación laboral percibió bonificaciones habituales que no fueron incluidas como factor salarial (ver demanda folios 1 a 40 del archivo 01, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, las demandadas contestaron a través de apoderado para la litis.

ISMOCOL S.A. no aceptó ninguno de los hechos. Se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el demandante tuvo dos contratos de trabajo con esa compañía en distintas épocas, los cuales fueron completamente autónomos e independientes entre sí, pues entre cada uno de ellos existió un lapso temporal suficientemente amplio para desvirtuar la teoría de la unidad contractual que la parte actora expone, además, terminaron por causas legales de conformidad con lo establecido en el artículo 61 del C.S.T., el primero por expiración

del plazo fijo pactado y el segundo por la terminación de la obra o labor contratada. Además, indica que solo uno de los contratos de trabajo celebrados entre el actor y esa sociedad estuvo relacionado con la ejecución de un porcentaje *ínfimo* de algunas de las órdenes de trabajo generadas al interior de los contratos comerciales No. 3802636 y 8000002628 suscritos entre ISMOCOL y OCENSA, y ODC. Por otra parte sostuvo que el demandante recibió a satisfacción al término de cada una de las relaciones laborales, las sumas de dinero a las que tenía derecho por prestaciones sociales y demás acreencias, y que no hizo parte de un grupo específico de personal ni estuvo obligado a cumplir disponibilidad permanente con su empleador pues ésta no es obligación de los trabajadores de ISMOCOL S.A. Aduce que el demandante no era un trabajador sindicalizado por lo que no tenía derecho a percibir beneficios convencionales, que pagó las horas extras causadas, y que no tenía el deber de pagar viáticos. De otro lado, indica que si bien esa empresa como contratista independiente de las codemandadas debía garantizar el servicio contratado, ello no implicaba disponer de un grupo de personas que se encontraran asignadas de manera ininterrumpida al cumplimiento de funciones las 24 horas del día, por lo que no existía tal “disponibilidad absoluta”, ISMOCOL S.A. garantizaba unos cargos que eran cubiertos por diferentes personas para la prestación del servicio, de manera tal que lograba cumplir con los requisitos del contrato sin vulnerar los derechos de sus trabajadores. Asegura que fue el único y verdadero empleador del demandante y que no existe solidaridad con las empresas llamadas a juicio. Frente al salario indica que suscribió con el demandante pactos de exclusión salarial con sustento en el artículo 128 del C.S.T., en los que acordó que el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, y el auxilio de bienestar no constituían salario para ningún efecto y, por ende, no procede la reliquidación de prestaciones y aportes, pero precisó que sí incluyó los viáticos. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *prescripción, ausencia de exigencia de disponibilidad absoluta y permanente fuera del horario de trabajo o la jornada ordinaria laboral, eficacia de la terminación de los contratos de trabajo del demandante, cumplimiento de los términos contractuales, inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, actuación*

conforme a derecho, buena fe, compensación y genérica (ver contestación folios 1 a 55, archivo 05, primera instancia).

OLEODUCTO CENTRAL S.A.S. – OCENSA tampoco aceptó ninguno de los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones afirmando que la solidaridad establecida en el artículo 34 del C.S.T. no procede debido a que las labores desarrolladas por ISMOCOL S.A. son extrañas y diferentes a las de OCENSA, lo que se puede evidenciar de los certificados de existencia y representación legal. Además, las labores contratadas al contratista y aquellas ejecutadas individualmente por el demandante no son ni han sido realizadas habitualmente en el giro ordinario por esa sociedad. Por otra parte, refiere que entre esa empresa y el demandante nunca ha existido un vínculo laboral, ni de ninguna otra naturaleza, por lo que no tiene relación alguna con los pagos supuestamente adeudados, y que ISMOCOL S.A. ejecutó los contratos celebrados con total autonomía técnica, administrativa y financiera, por lo que nada le consta frente al personal que esa sociedad haya contratado. También señala que nunca exigió la permanencia o disponibilidad de algún trabajador en particular durante las 24 horas del día y sin respetar la jornada máxima legal, por el contrario, el contrato exigía establecer turnos que cumplieran con los parámetros legales, y en todo caso el demandante no acredita haber laborado en el tiempo que indica haber estado en disponibilidad, por lo que ninguna retribución adicional a la remuneración pactada en el contrato de trabajo se ha de ocasionar. En su defensa propuso como excepción previa la de *falta de competencia por falta de reclamación administrativa* la que señala debió agotarse por tratarse de una sociedad de economía mixta, y de fondo las de: *inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de solidaridad, prescripción, cobro de lo no debido por falta de título, buena fe y la genérica* (folios 1 a 26, archivo 06 primera instancia).

OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A., con idénticos argumentos a los expuestos por OCENSA, se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepción previa la de *falta de competencia por falta de reclamación administrativa* y de mérito las de *inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de solidaridad, prescripción,*

Exp. 20 2021 00635 01

Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

cobro de lo no debido por falta de título, buena fe y genérica (folios 1 a 27, archivo 07 primera instancia).

Dentro del término de traslado, OCENSA y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. llamaron en garantía a CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA S.A. (folios 79 a 89 del archivo 06 y 31 a 33 del archivo 07, trámite de primera instancia). El llamamiento se admitió por auto del 26 de julio de 2022 (archivo 08 ibídem.).

Enterada de la demanda, la llamada en garantía CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. la contestó a través de apoderada judicial. Dijo no constarle ninguno de los hechos, y se opuso a las pretensiones dirigidas contra sus llamantes, de una parte, porque no hay prueba de que el demandante haya prestado servicios a favor de esas sociedades, y de otra, porque de existir una relación contractual entre las codemandadas ella se rigen por sus cláusulas y estipulaciones teniendo autonomía técnica, administrativa y financiera, lo que impide que se configure la solidaridad que predica el artículo 34 del C.S.T., sumado a que las labores desarrolladas por las empresas OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. respecto a ISMOCOL S.A., son totalmente diferentes, y dichas labores contratadas no han sido desarrolladas por OLEODUCTO CENTRAL S.A. ni por OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Adicionalmente, precisa que GABRIEL ZAMBRANO AGRESOTT no tuvo relación de ningún tipo con las codemandadas, ni se cumplen los presupuestos del artículo 23 del C.S.T. Indica que no hay evidencia de que el demandante se mantuviera en disponibilidad permanente y absoluta al servicio de su empleador y si había periodos en los que no existía vínculo laboral no hay lugar a ordenar el pago de salarios y demás prestaciones por falta de prestación personal del servicio. Como excepciones de fondo a la demanda propuso: *inexistencia de solidaridad de las codemandadas Oleoducto Central S.A. y Oleoducto de Colombia S.A., falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de las codemandadas Oleoducto Central y Oleoducto de Colombia S.A., inexistencia de relación laboral entre el demandante y las sociedades Oleoducto Central S.A. – OCENSA y Oleoducto de Colombia S.A., la condición de beneficiario de la convención colectiva de trabajo debe probarse* y la

Exp. 20 2021 00635 01

Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

genérica. Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la expedición de las pólizas, los demás los negó o dijo no ser ciertos. Se opuso a la prosperidad de la garantía afirmando que no le asiste responsabilidad alguna dentro de esta acción judicial respecto de la relación laboral que es objeto de estudio. Igualmente, porque a la póliza de cumplimiento en favor de entidades particulares le son aplicables los estrictos y precisos términos contenidos en sus clausulados que fueron aceptados por las partes, cláusulas en las que de hecho está excluido el pago de indemnizaciones. Presentó como excepciones al llamamiento: *el amparo para el pago de salarios y prestaciones sociales ofrece cobertura única y exclusivamente para las relaciones laborales dispuestas dentro del objeto de la garantía, ausencia de cobertura por exclusión pactada en la póliza de cumplimiento a favor de entidades particulares No. 32867; no se acredita ningún incumplimiento respecto de las obligaciones laborales de ISMOCOL S.A., incumplimiento de la garantía consistente en la vigilancia y control para el pago de las obligaciones laborales y de seguridad social previstas en el código sustantivo del trabajo, Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes; exclusión respecto al incumplimiento de disposiciones legales y* genérica (folios 1 a 34 archivo 11, primera instancia).

AUTO

En audiencia celebrada el 22 de febrero de 2023, el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá declaró no probada la excepción previa de falta de reclamación administrativa pues no encontró probado que las sociedades OLEODUCTO CENTRAL – OCENSA y OLEODUCTO DE COLOMBIA – ODC sean sociedades de economía mixta adscritas al Ministerio de Minas y Energía, y que desconocía cuál era el capital accionario del Estado en la participación de tales entidades, advirtió que ECOPETROL o CENIT son controlantes, por lo que no se requería cumplir con el requisito previo que establece el artículo 6 del C.P.T. (audiencia virtual, archivo 15 récord 21:00, primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión el apoderado de las demandadas OCENSA y ODC interpuso recurso de apelación. Sostiene que en este proceso la parte demandante no agotó la reclamación administrativa estando obligado a ello conforme el artículo 6 del C.P.T. cuando se trata de acciones contra cualquier entidad de la administración pública, en este caso, contrario a lo expresado por el Juzgado, sí estaba acreditada la composición accionaria de las sociedades y su naturaleza de economía mixta del segundo orden nacional adscritas al Ministerio de Minas y Energía en una situación de control con ECOPETROL y CENIT quienes tienen participación mayoritaria (audiencia virtual, archivo 15 récord 21:08, primera instancia).

CONSIDERACIONES

Para resolver la materia de apelación, el artículo 6 del CPTSS, modificado por el artículo 4 de la Ley 712 de 2001, dispone que sólo se podrán iniciar *“acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquier otra entidad de la administración pública (...) cuando se haya agotado la reclamación administrativa”*. Ésta consiste en el reclamo escrito previo del derecho objeto de acción judicial ante la autoridad administrativa correspondiente, diligencia que, según reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye para el juez laboral un factor de competencia, pues con ella se garantiza a la *entidad* el conocimiento previo del reclamo para corregir errores eventuales y evitar las consecuencias desfavorables que le acarrearía una condena judicial¹.

La condición de *entidad de la administración pública* en sociedades de economía mixta está definida en lo dispuesto en el literal f) del artículo 38 de la ley 489 de 1998 y en jurisprudencia de la Corte Constitucional², que las entiende parte de la *rama ejecutiva del poder público* y por ello gozan de dicha prerrogativa.

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia 12221 del 13 de octubre de 1999, M.P. Dr. GERMÁN VALDÉS SÁNCHEZ.

² Sentencias C-736 y C-910 de 2007.

No obstante, en el caso presente no hay claridad suficiente sobre la condición de entidades de la administración pública de las demandadas Oleoducto Central S.A. y Oleoducto de Colombia, pues si bien se incorporó una certificación que da cuenta de la composición accionaria de cada una de esas sociedades se desconoce cuál es la naturaleza jurídica de las empresas accionistas, para poder concluir con certeza, a partir de allí, que tienen participación pública y por ello se enmarcan en la categoría de las sociedades de economía mixta, no siendo suficiente la situación de control que se estableció respecto de ECOPETROL como sociedad matriz como se alega en el recurso.

No sobra advertir que en este expediente se evacuaron ya todas las etapas probatorias del proceso y se dictó la sentencia de primera instancia con la cual se asignó el derecho sustancial, actuaciones que deben primar sobre aspectos formales como el propuesto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 228 del Constitución Política.

Se **CONFIRMARÁ** entonces la decisión tomada por el juzgado en la primera audiencia de trámite, mediante se negó la excepción previa de falta de reclamación administrativa.

Pasa la Sala ahora la Sala a estudiar la sentencia de primera instancia.

SENTENCIA

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de mayo de 2023, mediante la cual el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre el demandante e ISMOCOL S.A., así: i) por obra o labor entre el 21 de noviembre de 2016 y el 28 de noviembre de 2017, y ii) a término fijo entre el 2 de enero de 2018 y el 29 de diciembre de 2018 y absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión el juez estimó, frente a la relación laboral y sus extremos, con base en las pruebas aportadas, especialmente los documentos, que se probó la existencia de dos contratos de trabajo que se ejecutaron de manera autónoma e independiente, uno de obra o labor

y otro a término fijo. Frente a las horas extras o tiempo de disponibilidad no halló prueba concreta de que estas se hubieren causado. Frente a la inclusión del auxilio de transporte, auxilio de alimentación y auxilio de bienestar como factores salariales manifestó que las partes acordaron su exclusión como factor salarial. En relación con los viáticos dijo que el demandante no aportó elementos de convicción sobre su causación ni identificó los periodos en los que se presentaron, además solo se reconocían para cubrir el desplazamiento del demandante. Del mismo modo, respecto a las bonificaciones manifestó que no había evidencia que fueran reconocidas por ISMOCOL de manera ocasional u habitual, o cuáles se le quedaron adeudando al demandante a efectos de reliquidar el pago de sus prestaciones. En lo relativo a los beneficios extralegales de la Convención Colectiva suscrita entre ECOPETROL y la USO refirió que el actor no tenía la calidad de aforado para ser beneficiario de alguna convención, y por el contrario se había acreditado que ISMOCOL le canceló los beneficios legales a los que tenía derecho en vigencia del contrato. Negó la indemnización por despido sin justa causa porque, a su juicio, los contratos terminaron por un modo legal, el primero por la finalización de la obra o labor, y el segundo por el vencimiento del término fijo pactado, y negó las sanciones moratorias y por no consignación de las cesantías porque no encontró sumas adeudadas al trabajador. Finalmente consideró que no había solidaridad entre las demandadas porque no se configuraron los supuestos a los que se refiere el artículo 34 del C.S.T.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor GABRIEL ZAMBRANO AGRESSOT, y la sociedad demandada ISMOCOL S.A., se ejecutaron dos contratos de trabajo a saber: un contrato de trabajo por obra o labor contratada que se ejecutó entre el 21 de noviembre de 2016 y 28 de noviembre de 2017, y otro a término fijo por el periodo comprendido entre el 02 de enero de 2018 y el 29 de diciembre del mismo año, para realizar las labores de auxiliar de mantenimiento y con salario variable en cada periodo, conforme a las consideraciones de la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas de cada una de las pretensiones, al igual que a la llamada*

Exp. 20 2021 00635 01

Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

en garantía de las pretensiones. TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV. CUARTO: De no ser apelada la presente decisión remítase al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta (sic) CONSULTAR con el superior la presente decisión, por haber sido adversa a las pretensiones del trabajador” (Audiencia virtual del 26 de mayo de 2023, archivo 26 récord 1:25:36 expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada del demandante aduce que sí se probó la existencia de una sola relación laboral sin solución de continuidad entre el 21 de noviembre de 2016 y el 29 de diciembre de 2018 porque, aunque formalmente se suscribieron dos contratos, en realidad estos fueron signados para desconocer los derechos laborales pues tenían el mismo objeto, cumplía las mismas funciones, desempeñaba el mismo cargo y estaba sometido al mismo reglamento, y si bien hubo una interrupción mayor a 30 días, le correspondía al Juez como director de proceso definir la existencia de un solo vínculo. En ese escenario, dice, se debe acceder al pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de cancelar en la época de interrupción, y tenerse por no válidos los motivos que dieron por terminados los contratos de trabajo, por tratarse en realidad de un contrato a término indefinido, para disponer el pago de la indemnización por despido sin justa causa. Adicionalmente, sostiene que de tenerse en cuenta los dos contratos, se debe considerar que la obra o labor del primer contrato no fue clara ni bien delimitada, y que el segundo contrato fue para desarrollar la misma labor, por ello en la realidad eran a término indefinido y la razón invocada para poner fin a cada uno no es admisible. Por otra parte, advierte que no se analizó adecuadamente el acervo probatorio para tener acreditada la disponibilidad 24 x 7 del demandante en horarios no laborales, ya que hacía parte del equipo básico que estaba previsto para la atención de emergencias, no existían turnos o personal para reemplazarlo y por ello debía estar atento al llamado de

su empleador, con lo cual se restringió su vida personal, esto es, realizar actividades fuera del horario de trabajo entre semana y los fines de semana, ingerir bebidas alcohólicas, viajar, estar presente en ocasiones especiales, etc. Frente a este aspecto, además, dice que se deben tener en cuenta las especificaciones técnicas del contrato suscrito por ISMOCOL con los oleoductos, que dan cuenta i) de la obligación que la primera tenía de atender las emergencias que se presentaran en cualquier momento y lugar, las cuales, claramente, debían ser atendidas a través del personal que tenía disponibilidad total y absoluta, y ii) de los cargos que componían el equipo básico en el que se encuentra el del demandante. Con todo, considera que debe condenarse al pago del tiempo disponible fuera del horario ordinario como horas extras y trabajo suplementario y con base en ello se deben liquidar la totalidad de prestaciones sociales y aportes a seguridad social. De otro lado, indica que las bonificaciones recibidas por el trabajador y los viáticos sí retribuían su servicio y fueron permanentes, por lo que también se deben incluir en la base para liquidar sus acreencias laborales. Pide que se condene al pago de la indemnización moratoria porque se le adeudan salarios y prestaciones, y está probada la mala fe del empleador. Refiere que procede la solidaridad con OCENSA y ODC por ser las beneficiarias del servicio prestado por el demandante y existir similitud y conexidad entre los objetos de las tres empresas. Por último, solicita que se revoque la condena en costas y se imponga el pago de las mismas a cargo de las demandadas³

³ “Muchas gracias señor Juez, de forma respetuosa me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia en su totalidad por las siguientes razones que paso a exponer en este momento pero que serán ampliadas con los alegatos de conclusión también. Voy a desarrollar el recurso en el mismo orden que se desarrolló la sentencia entonces primero me voy a referir frente a la existencia de una sola relación laboral sin solución de continuidad. Dentro del proceso si se encuentra probado que existió una única relación laboral sin solución de continuidad que fue desde el 21 de noviembre de 2016 al 29 de diciembre de 2018 se tiene que el despacho tuvo en cuenta que existieron dos contratos que más adelante pasare a hablar del contrato de obra o labor determinada pero que hubo dos contratos en los que se tuvo el mismo cargo, las mismas funciones, el mismo lugar del trabajo, las mismas condiciones laborales, las mismas normas, políticas, directrices, reglamento interno de trabajo, la misma labor y para las mismas personas es decir para mismo poli beneficiarios es decir el oleoducto central OCENSA durante dos años aproximadamente se tiene que si bien dos contratos formalmente escritos en la realidad el demandante siempre tuvo que estar disponible desde el año 2016 hasta el año 2018 y que a pesar de que existe la jurisprudencia ha dicho que un parámetro que se debe tener en cuenta es el término de 30 días también se tiene que la jurisprudencia

ha sido clara al expresar que es un parámetro el juez como director del proceso máximo y materia laboral donde están en riesgo tantos derechos del trabajador como lo es en el presente caso debe revisar si a pesar de que hay un término que sea superior o no superior a los 30 días debe revisar si en realidad estos dos contratos tenían el mismo objeto y tenían como fin adicional defraudar los derechos del trabajador como sucede en el presente caso entonces en primer lugar se tiene que si hubo una sola relación laboral sin solución de continuidad entre el 22 de noviembre de 2016 el 29 de diciembre de 2018 que para este caso no se tuvo en cuenta el testimonio aportado por la parte demandante que es del señor Enrique René no se tuvo en cuenta no se valoró y que adicionalmente se tuvo en cuenta los testimonios de la parte demandada donde algunos de ellos incluso manifestaron que no tuvieron conocimiento ni conocieron al demandante. Ahora bien esto nos lleva a que el primer contrato fue por obra o labor el segundo contrato fue formalmente a término fijo que este preaviso no opera de forma digamos que real porque lo que hace la jurisprudencia cuando crea el contrato realidad es reivindicar los derechos del trabajador y lo que busca combatir es que cuando el empleado realiza este tipo de contratación defrauda los derechos del trabajador entre otras para evitar el pago de indemnizaciones por terminación del contrato sin justa causa en este caso tenemos que eso fue lo que ocurrió y que precisamente este contrato a término fijo y ese preaviso que aparentemente y formalmente se dio no materialmente en lo que ocurrió en realidad en la relación laboral se adeuda al demandante como lo ha establecido la jurisprudencia se tiene que entonces no estamos hablando de un contrato a término fijo ni una obra labor sino que estamos hablando de una sola relación laboral sin solución de continuidad a término indefinido y por ende se le adeuda la respectiva indemnización dentro de la demanda ni en ningún momento se hizo alusión a que se adelantó algún proceso disciplinario y demás porque lo que se busca es que cuando se declara este contrato realidad lo que en verdad sucede es que al demandante se le vulneraron sus derechos bajo esta contratación y como lo decía el testigo de la parte demandante aparentemente le dijeron que salía a vacaciones y después nunca más le volvieron a llamar entonces ahora se le debe pagar la indemnización por terminación del contrato sin justa causa que si bien se desarrolló más adelante en la sentencia pues estoy tratando de llevar el orden es una consecuencia que se deriva directamente de la declaración de una sola relación laboral sin solución de continuidad ahora bien hablando de los dos contratos y si eventualmente el tribunal no determinara que hubo dos relaciones laborales pues lo que hay que tener en cuenta es que la obra o labor contratada no fue clara del primer contrato no fue bien delimitada no fue identificada dentro del contrato de trabajo ni en la realidad durante la prestación del servicio pues tal y como se puede evidenciar fue primero el contrato por obra labor y posteriormente para hacer el mismo trabajo o sea la obra o labor nunca terminó fue contratado formalmente bajo un contrato a término fijo lo que evidencia claramente que la obra no es no existió no fue bien delimitada no fue el de forma continua e interrumpida desarrolló las mismas funciones y que este tipo de contratación se hizo con el fin de defraudar los derechos del trabajador y si bien se puede decir un contrato laboral es consensual un contrato laboral en la realidad no es un contrato consensual porque el trabajador se encuentra delimitado y el trabajador se encuentra presionado por los intereses del empleador pues si no los acepta no va a ser contratado entonces eso también es algo que debe tener en cuenta en la sentencia de segunda instancia. En este punto quiero la sentencia SL 2600 de 2018 del radicado 69175 del 27 de junio de 2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia donde habla de la realidad cuando el contrato se suscribió formalmente por obra o labor pero en realidad termina siendo para defraudar los derechos del trabajador donde dice que ante la ausencia de claridad frente a la labor contratada el contrato se entiende suscrito a tiempo indeterminado entonces en estos puntos me refiero a la primer parte de la sentencia donde se habla de que no hubo una sola relación laboral sin solución de continuidad

sino que hubo dos contratos solicitándole de forma respetuosa al tribunal que se revoque esta primer parte de Sentencia y que en su defecto se declare una sola relación laboral sin solución de continuidad y que derivado a ellos se pague los salarios dejados de percibir durante las interrupciones entre contrato y contrato, los salarios y prestaciones sociales y créditos laborales también durante estos periodos de interrupción aportes a seguridad social y la indemnización por terminación del contrato sin justa causa. Ahora bien frente a la disponibilidad que es el segundo punto que se maneja se tiene que en el concepto de la suscrita apoderada no hubo una correcta valoración de las pruebas testimoniales debido a que los testigos de la parte demandada presentan graves inconsistencias entre ellos incluso en el mismo testimonio propio hay que tener en cuenta que el despacho manifiesta en relación con la disponibilidad del pago de todos los recargos suplementarios y demás que se habló de unos simulacros de escritorio y que el despacho manifiesta que sí que fueron unas llamadas que se hicieron para medir tiempos de respuesta pero el despacho no analiza que los testigos manifestaron que estas llamadas se hacían por fuera del horario laboral la primera pregunta lo primero que quiero llamar la atención del tribunal es porque hay que medir tiempos de respuesta y porque hay que medir señal por fuera del horario laboral se supone que por fuera del horario laboral el empleador no debe perturbar el descanso del trabajador, segundo hubo graves inconsistencias entre los mismos testigos en relación con la disponibilidad primero los dos últimos testigos de la parte demandada manifiestan que no conocían al demandado, los testigos hablan en general de la ocurrencia de las emergencias para explicar que las emergencias son impredecibles que las emergencias no se puede saber cuándo van a ocurrir que hay emergencias que son más graves menos graves y que la atención de las emergencias debe ser inmediata y que el demandante se encuentra probado porque lo dijeron el demandante hacía parte del personal básico que en la prueba documental acredita que es el personal que debe atender las emergencias tampoco se tuvo en cuenta que los testigos manifestaron claramente que el de que no existía otro turno para reemplazar el turno del demandante que el demandante era el único que un testigo manifestó que cuando ocurrían emergencias traían trabajadores de otras bases para suplir cuando el cargo terminaba mientras que otro testigo manifestó que no conocía los trabajadores de otra base que porque siempre se manejaba con los trabajadores de la misma base este tipo de inconsistencias que se presentaron en los testimonios no fueron evaluadas simplemente atendiendo meramente el documento del contrato de trabajo se procedió a tomar estas decisiones también hay que tener en cuenta que nunca se habló ni se tomó solamente en los antecedentes pero nunca se valoró probatoriamente las pruebas documentales que existen dentro del expediente pruebas documentales que acreditan que ISMOCOL como contratista les prometió que iba a atender la totalidad de las emergencias y que acá tengo que citar y voy a citar las especificaciones técnicas donde dice hay un acuerdo entre las demandadas respecto de la obligación de la contratista de prestar los servicios contratados de manera permanente y si bien es una obligación contractual como lo quieren hacer ver las demandadas lo cierto es que para materializar esa obligación contractual es que tienen los trabajadores y esos trabajadores son los que deben cumplir con esas funciones si bien existían unos supervisores que tenían que estar pendientes los trabajadores también especialmente el cargo del demandante como auxiliar de mantenimiento de oleoducto tenía que estar disponible todo el tiempo para atender las emergencias que se presentaban y aquí quiero traer otro punto a colación muy importante dentro del recurso y es que nosotros acá dentro del proceso y dentro de la demanda no solicitamos que se pagaran las horas extras por las emergencias realmente causadas porque como se manifestó estas se cancelaron en su mayoría lo que se está solicitando acá es la restricción en la vida personal que tiene el trabajador y que tuvo el trabajador durante la vigencia de la relación laboral entre 2016 y 2018 para poder rehacer su vida para poder realizar alguna actividad por fuera del trabajo

el horario de trabajo, en semana, los fines de semana, el no poder compartir o tomarse un trago algún día por fuera el horario de emergencia el hecho de no poder viajar con su familia de perderse ocasiones especiales de perderse todo tipo de circunstancias que lo llevaron a una pérdida de su libertad porque su tiempo dependía netamente de la empresa eso es lo que nosotros estamos solicitando dentro del presente proceso y es lo que se busca que se reconozca porque el trabajador perdió totalmente la disposición de su tiempo y su libertad en el marco desde su contrato de trabajo con el fin de estar siempre disponible a disposición de los demandados hay que tener en cuenta también los correos electrónicos que se aportaron como prueba documental en los que se evidencia que sí se requirió la disponibilidad de trabajadores y que incluso fueron afirmados por la testigo Blanca Vidal. Ahora me refiero al contenido del contrato en las especificaciones técnicas a BFT013 versión 1 para las horas de mantenimiento del oleoducto de los llanos orientales S.A ISMOCOL en las especificaciones dice lo siguiente que son las especificaciones también para este contrato que es con ausencia de dbc "el contratista deberá se obliga a realizar el mantenimiento preventivo y correctivo solicitado por las compañías y atender las emergencias que se presenten en cualquier momento y lugar de los oleoductos como se atendían estas a través del personal y de los trabajadores que tenían sobre los cuales cómo se manifestó anteriormente no existían turno situación que se debe tener en cuenta entonces está probado qué tanto ISMOCOL como OCENSA conocían desde el momento de la celebración de los contratos comerciales entre ellos que para cumplir con el objeto contractual, es decir el mantenimiento mecánico y la atención de las emergencias requerían personal con la disponibilidad total y absoluta y también está probado que para el cargo del demandante no existían otros turnos que pudieran suplirlo en el caso de que faltara y que cada que se presentara una emergencia o igual si no se presentaba una emergencia el demandante tenía que estar a disposición 24 horas al día teniendo restricciones de su vida personal. Ahora, también está probado que para cumplir con el objeto de mantenimiento ISMOCOL debía contar con la disponibilidad del personal en horas nocturnas y fines de semana dicha afirmación la encontramos probada en los testimonios del demandante e incluso en los testimonios del demandado porque recordemos que los testigos del demandado dijeron que la emergencia se podían presentar en cualquier momento que habían unas graves, que habían unas de atención inmediata y que el demandante era parte del personal básico reitero en la página 30 de hecho la especificaciones técnicas está lo que acabo de anunciar. También está probado que el demandante hacía parte de la cuadrilla del personal básico en el cargo de auxiliar de mantenimiento de oleoducto el cual con base en la página 31 de las especificaciones técnicas a las que estoy haciendo mención debe estar disponible durante la totalidad de la vigencia del contrato y aquí estamos hablando si del cargo pero también estamos hablando de la persona que era la única que tenía hace cargo para dicha base pues Coveñas también quedó probado que incluso después de la jornada laboral el demandante continuaba subordinado y por qué no podía disponer de su tiempo libre contrario a ellos debía portar todo el tiempo su teléfono celular encendido y si bien el demandante no tenía un celular corporativo, sí se le exigía su celular personal y tenerlo encendido todo el tiempo esto cómo está aprobado los simulacros que se realizaron, los simulacros de escritorio que fueron aceptados por todos los festivos de la parte demandada ahí le realizaban las llamadas en cualquier día hora y lugar tal y como lo manifestaron las emergencias tal y como lo dijeron los Testigos se notificaban al teléfono y al celular de él es decir que su teléfono celular tenía debía tener encendido todo el tiempo y acá reitero y realizó nuevamente la pregunta por qué por fuera del horario y laboral el empleador debe perturbar el espacio de descanso de su trabajador ahora el celular lo debía contestar en todo momento para atender emergencias que se presentaran realmente o que realmente se fueran a presentar no podía dormir tranquilamente pues al tener el celular encendido debía estar atento al llamado del empleador todo el tiempo no podía

Exp. 20 2021 00635 01

Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

alejarse del municipio de Coveñas no podía viajar con su familia o amigos no podía partir con ellos debía estar disponible todo el tiempo para ejecutar sus labores no podía alejarse, para trasladarse a un lugar diferente de la base estaba obligado a pedir permiso o a notificar porque como era la persona encargada de las emergencias tenía que notificar y pedir permiso y que se lo aprobaran debido a que si se encontraba lejos de la base y si se presentaba una emergencia por fuera del horario laboral no podía ingerir bebidas alcohólicas por fuera del supuesto horario laboral o los fines de semana, los festivos debía estar siempre disponible y aquí hago un llamado de atención porque si bien el demandante no puede ingerir bebidas alcohólicas lo cierto es que eso hace parte del libre desarrollo de la personalidad siendo totalmente censurado por parte del empleador ahora era sujeto disciplinable y subordinado aun por fuera del horario de trabajo pues toda la atención de los requerimientos telefónicos o emergencia implicaba llamados de atención en este caso se reitera el demandante tuvo un buen contrato de trabajo y no tuvo ningún problema nunca desatendió los llamados pero donde pues de haber sido así hubiera podido ser sujeto de llamado de atención también está probado que durante los supuestos días de descanso debía permanecer en disponibilidad absoluta y atenta al llamado al empleador en caso de requerir de sus servicios en cualquier momento y que debía estar muy cerca de la base acá voy a traer a colación nuevamente la sentencia SL5584 del año 2017 del 5 de abril de 2017 donde la Corte Suprema de Justicia establece y digamos que refuerza la teoría de la solidaridad donde dice a juicio de la Corte el simple sometimiento del asalariado de estar disponible y atento al momento de que en que el empleador lo requiera de algún servicio le da derecho a devengar una jornada suplementaria así no se ha llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea esto se afirma por cuanto no pueda desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar pues debía estar presto al llamado a su empleador y atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada y eso es lo que ocurre en el presente caso tal cual en el presente caso estamos hablando de una persona que no podía disponer como reitero tenía una restricción en su libertad y en su vida personal no podía viajar con su familia no podía digamos que tener ningún tipo de actividad y a pesar de que muchas veces no fuera efectivamente llamado a atender una emergencia siempre tenía que estar en disposición de lo que el empleador dijera siendo una restricción en su vida personal del derecho al libre desarrollo de la personalidad para hacer diferentes actividades incluso ingerir bebidas alcohólicas si es del caso en este punto entonces se tiene que sí se encuentra probada la solidaridad que no hubo una correcta valoración de las pruebas documentales relacionadas con la disponibilidad dentro del proceso por lo tanto solicito de forma respetuosa frente a este punto que se declare que sí existió una disponibilidad permanente y absoluta de parte del demandante durante la vigencia de la relación laboral es decir entre el 22 de noviembre 2016 y el 29 de diciembre de 2018 que debe ser reconocida la totalidad del tiempo en el que él trabajó que se solicita que sea por fuera del horario ordinario que sí se le pagaba que se reconozca todas estas todas estas horas extras y todo este trabajo suplementario y que le sea pagado y que con base en esto se liquiden la totalidad de las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social. Ahora frente a las bonificaciones se tiene que las bonificaciones dentro de los desprendibles de nómina hasta la actualidad que si retribuían la labor prestada por el demandado y que si fueron permanentes, que los viáticos se pagaban de forma continua y si retribuían el servicio prestado por el demandante entonces en este caso también se apela este punto solicitando que se reconozcan las bonificaciones que se encuentran probadas dentro del proceso y que con base en eso también se proceda a reliquidar los créditos laborales apostes a seguridad social y si es del caso algunos aportes adicionales que se le deban pagar demandante. Ahora frente a la indemnización moratoria si se debe estudiar la mala fe por que como se solicitar en el presente recurso de apelación si hay lugar al pago de la totalidad de las pretensiones de la demanda relacionadas con la reliquidación de

Exp. 20 2021 00635 01

Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

(Audiencia virtual del 26 de mayo de 2023, archivo 26 récord 1:28:00 expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

los créditos laborales con el pago de los aportes a seguridad social con pago de salarios durante los supuestos tiempos de interrupción entre contrato y contrato y esto da lugar a que como está este pago se debe dar lugar al pago de la indemnización moratoria del empleador ojo no estoy diciendo que sea automática la mala fe del empleador se encuentra probada dentro del presente proceso de muchas formas primero con la contratación irregular que hizo en un contrato de obra cuando no era un contrato de obra cuando defrauda los derechos del trabajador vinculándolo a través de los contratos cuando en realidad es un solo contrato cuando exige que esté permanentemente disponible y no le paga la disponibilidad y cuando dentro del presente proceso no se aportan la totalidad de documento requeridos a pesar de que de que solicitaron previo y durante el proceso entonces se solicita que sí se reconozca y pague la indemnización moratoria. Ahora frente a la solidaridad el despacho manifiesta que no existe solidaridad entre ISMOCOL, OCENSA y Oleoducto de Colombia; sin embargo está probado dentro del proceso que oleoducto de Colombia y el oleoducto central S.A. se beneficiaria de los servicios prestados por el demandante para ISMOCOL prestación de servicios derivada de los contratos que se encuentran en el expediente de los certificados de existencia y representación legal se discrepa de la postura dada por el juez de primera instancia y se considera que de ahí sí se desprende que el objeto de los tres si es similar que el objeto de los tres si es esencial, si es conexo que si es complementario y que por ende si hay lugar a la solidaridad tenemos que guardan relación que sus actividades comerciales son anexas y complementarias porque oleoducto de Colombia realiza la proyección construcción y explotación comercial de un sistema de oleoducto de uso privado oleoducto central tiene por objeto el transporte de petróleo crudo por oleoductos e ISMOCOL se encarga de la construcción y mantenimiento de plantas de procesos de hidrocarburos de oleoductos y gasoductos en los objetos conductuales de los contratos de prestación de servicios de Oleoducto de Colombia mismo producto central se evidencia que las mismas guardan estrecha relación el objeto de los tres guardan estrecha relación y se desarrollan los objetos sociales de oleoducto Central o el oleoducto de Colombia en el marco de estos contratos es esencial las labores que desarrolla ISMOCOL para el desarrollo del objeto del oleoducto central toda vez que para la explotación de un oleoducto se requiere el mantenimiento de los mismos y también se requiere las atenciones de las emergencias que se originen del mismo aquí traigo a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 14692 del año 2017 el 13 de septiembre 2017 donde claramente se registra lo que sucede en este caso que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cumple una necesidad propia del beneficiario y además cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de objeto social que por lo mismo desarrolla este caso que sucede en el presente caso entonces por ello solicito de forma respetuosa que se revoque la totalidad del fallo de primera instancia y que su lugar se conceda la totalidad de las pretensiones de la demanda. Ahora por último frente a la condena en costas también solicito pues que se revoque este punto y que contrario a ello se condene en costas a la parte a la parte demandada la totalidad de las partes demandadas y agencias en este sentido presento y sustento el recurso de apelación reiterando que el mismo podrá hacer sustentado dentro de los alegatos de conclusiones de segunda instancia. Muchas gracias”.

No fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos que resultan relevantes para la decisión que adoptará el Tribunal: (i) que entre el demandante y la sociedad ISMOCOL se suscribieron formalmente dos contratos de trabajo así: a- Por duración de la obra o labor contratada a partir del 21 de noviembre de 2016 el cual se dio por finalizado por parte del empleador con fundamento en la terminación de la labor el 28 de noviembre de 2017, y b- A término fijo inferior a un año desde el 2 de enero de 2018 hasta el 29 de diciembre de 2018, el cual se dio por terminado a partir de esta última fecha por parte de ISMOCOL, alegando la finalización del plazo fijo pactado (archivo 29 pruebas demandante y archivos “*anexo 208 a 238*” y “*Anexo 238 a 263*” pruebas ISMOCOL); (ii) que en el desarrollo de ambos contratos el demandante se desempeñó como *Auxiliar de Mantenimiento de Oleoductos*; (iii) que la retribución del servicio estaba compuesta por una asignación básica, horas extras y recargos por trabajo suplementario diurno, nocturno y en días festivos, y que la demandada pagaba viáticos y auxilios de *transporte, alimentación y bienestar*, frente a los cuales las partes suscribieron un pacto de desalarización (folios 55 a 57 archivo “*anexos 151 – 207.pdf*” y 24 a 24 archivo “*ANEXOS 238 -263.pdf*” carpeta pruebas ISMOCOL); (iv) que entre ISMOCOL y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. se suscribió el contrato marco No. 8000002628 del 24 de octubre de 2016 que tenía por objeto el “*mantenimiento mecánico, preventivo, correctivo y atención de emergencias en el Oleoducto de Colombia S.A.*” (archivo 1, pruebas ODC, archivo 21 pruebas demandante, primera instancia); y (v) que entre ISMOCOL y OCENSA, se suscribió el contrato marco No. 3802636 del 12 de octubre de 2016 el cual tiene por objeto el “*mantenimiento mecánico, preventivo, correctivo y atención de emergencias en el Oleoducto Central S.A. – OCENSA*” (archivo 20 pruebas demandante, primera instancia).

En consonancia con las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si se acreditó o no la existencia de un único contrato de trabajo entre el demandante e ISMOCOL del 21 de noviembre de 2016 al 29 de diciembre de 2018; y en dado caso si hay lugar al pago de salarios y demás acreencias laborales por el periodos en que se interrumpió el servicio entre la

terminación de un vínculo y el inicio de otro; (ii) si se acreditó el derecho al pago de jornadas adicionales de trabajo por la disponibilidad *permanente y absoluta* del trabajador; (iii) si las *bonificaciones* y los *viáticos* constituían factor salarial y, de ser así, si operó la prescripción de la acción; (iv) si la demandada adeuda algún valor al demandante por reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social; (v) si procede el pago de la indemnización por despido sin justa causa; (vi) si procede el pago de indemnización moratoria; y (vii) quién o quiénes deben acudir al pago de eventuales derechos impagados al demandante.

I) CONTRATO REALIDAD: Para resolver esta parte de la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST.

El primero define al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”. El segundo (artículo 23) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos), y el salario. Una vez reunidos estos elementos -dice el mismo artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De ésta última norma y del artículo 24 del código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*.

Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* se presume regida por un contrato de trabajo, lo que -en aplicación del artículo 167 del CGP- invierte las cargas probatorias del proceso. En consecuencia, si el demandante en el proceso laboral reclama la existencia de un contrato de trabajo y prueba que prestó de forma continua y personal un servicio (hecho causal de

la presunción), la ley *entiende* que éste se ejecutó mediante contrato de trabajo, es decir bajo subordinación, y corresponderá al demandado la carga de probar que no existió este último elemento: la subordinación.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto definió la existencia de dos contratos de trabajo entre el demandante e ISMOCOL, pues no se acreditó dentro del expediente que el demandante haya prestado servicios de manera continua e ininterrumpida entre el 21 de noviembre de 2016 y el 29 de diciembre de 2018 como alega en la demanda.

Lo que está probado en el proceso es que entre las partes se ejecutó un primer contrato duración definida por obra o labor contratada entre el 21 de noviembre de 2016 y el 28 de noviembre de 2017, y más de un mes después se celebró otro contrato a término fijo que se ejecutó entre el 2 de enero de 2018 y el 29 de diciembre de 2018.

Ello se extrae de la copia de los contratos suscritos entre las partes, de las cartas de terminación, de los desprendibles de nómina y de las copias de las liquidaciones correspondientes (archivo 29, pruebas demandante y folios 2 a 35 archivo “*anexo 101 – 150. Pdf*” y archivos “*anexo 151- 207.pdf*”, “*anexo 208 – 238.pdf*”, “*anexo 238 – 263.pdf*” pruebas aportadas por ISMOCOL).

Ninguna evidencia se allegó al plenario sobre servicios personales y continuos del demandante en favor de la sociedad demandada entre el día 29 de noviembre de 2017 y el 1 de enero de 2018, lo que excluye la posibilidad de declarar la existencia de una relación de trabajo en ese lapso y condenar la pago de los derechos salariales o prestacionales pudieran surgir -precisamente- de tales servicios. Por el contrario, en el interrogatorio de parte que absolvió el mismo demandante⁴ confesó que durante tal interregno si bien estuvo a disposición de su empleador y atento a su llamado, no prestó sus servicios.

⁴ Audiencia del 28 de marzo de 2023, récord 56:15, archivo 22

Exp. 20 2021 00635 01

Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

No se llega a una conclusión contraria del testimonio rendido por ENRIQUE REINEMER LIACH⁵ -compañero de trabajo del demandante- quien dice que no le constan cuántos contratos suscribió el demandante con la compañía demandada, ni la naturaleza de los mismos, ni si se presentó o no alguna *interrupción* entre ellos; además, reconoce haber ingresado a la compañía en el año 2018, de allí que no pueda dar cuenta certera de lo que ocurrió en anualidades anteriores.

En el caso que se estudia la evidencia allegada demuestra que existió una interrupción superior a 35 días entre la terminación de un contrato y el inicio de otro, que implicó un rompimiento de la unidad contractual⁶, y que en el nuevo contrato se modificaron las condiciones laborales pues el vínculo ya no estaba sujeto a la ejecución de una obra o labor específica, tenía duración definida. En todo caso, la existencia de contratos sucesivos no implica necesariamente una sola relación de trabajo⁷ pues bien puede suceder, como de hecho aconteció en el caso bajo estudio, que se trate de relaciones laborales diferentes en objeto e independientes entre sí que tuvieron su propio modo de terminación, y fueron debidamente liquidadas.

Frente al tiempo de interrupción entre uno y otro contrato, y el efecto de

⁵ Ibídem, récord 1:28:25

⁶ Para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “*la significativa y considerable solución de continuidad impide que pueda predicarse la unicidad contractual*” (SL4816-2015 y SL981-2019).

⁷ Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado de antaño que “*No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica*” (CSJ, Cas. Laboral, Sent. Sep. 2/77).

Así mismo, esa Corporación puntualizó que cuando se trata de Contratos de Trabajo sucesivos, no siempre se reconoce la existencia de un solo contrato al indicar: “*La sola circunstancia de que haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro no es razón suficiente para sostener la unicidad del vínculo o la existencia de simulación en la extinción del primero, puesto que nada impide y bien puede suceder, como de hecho aquí ha acontecido, que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas*” (CSJ – SCL radicado 20946 de 17 de septiembre de 2003)

ello en el rompimiento de la unidad contractual precisó la Corte: *“las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos” (SL4816-2015)⁸*. Este último escenario, es el que se presenta en el caso bajo estudio.

Adicionalmente, en manera alguna se acreditó que la no prestación del servicio por parte del trabajador en el interregno referido a favor de ISMOCOL se dio *por disposición o culpa* del empleador, para derivar de allí la continuidad del contrato o la existencia de derechos a favor del demandante.

Con todo, como no se probó en el expediente la existencia de un solo contrato de trabajo con la demandada ISMOCOL, es claro que no hay lugar a condenarla a pagar salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social entre el 29 de noviembre de 2017 y el 1 de enero de 2018 como se ruega en la demanda y en el recurso.

II) HORAS EXTRAS Y JORNADA ADICIONAL POR LA DISPONIBILIDAD *PERMANENTE Y ABSOLUTA* DEL TRABAJADOR: Para resolver esta parte de la controversia la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha exigido -reiteradamente- prueba clara y precisa del tiempo que efectivamente se ha trabajado en jornada suplementaria como requisito ineludible para que un juez pueda

⁸ La postura vertida en esta providencia ha sido reiterada por la Corte, entre otras, en las sentencias SL4816-2015, SL5595-2019, SL981-2019, SL3616-2020 y SL1614 de 2023.

dictar condenas en esta materia ^{9,10}. Dice la Corte: “(...) *para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas*” .

Además, el artículo 167 del CGP asigna a quien alega el hecho del cual se derivan las consecuencias jurídicas que reclama en el proceso judicial la carga de probarlo, y si bien faculta al juez según las particularidades del caso a distribuir la carga al decretar las pruebas o durante su práctica, tal distribución se debe hacer explícita antes de dictar la sentencia que resuelve el asunto indicando de forma precisa el hecho que será objeto de la carga probatoria asignada.

En este expediente la carga probatoria la tenía el demandante y alegó como hecho causal de los derechos que reclama la existencia de *disponibilidad* para laborar de forma permanente. Sobre la materia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “*si esta*

⁹ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia del 23 de mayo de 2000 Rad: 13678 M.P. JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA: “*En lo atinente a la remuneración de los descansos y a los recargos por trabajo en día domingo en lo esencial estimó el tribunal que no se había acreditado por el demandante los dominicales o festivos específicamente laborados. Con relación a éste (sic) último beneficio, le asiste razón al sentenciador, pues no obstante que de vieja data la jurisprudencia ha insistido que incumbe al trabajador la carga de la prueba de la realización de ese trabajo en tales días, lo que no puede demostrarse de manera genérica, sino discriminada y concreta, es lo cierto que brilla por su ausencia la prueba con esas características, motivo por el cual no cometió desatino el fallador al asentarlos así...*”.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL939-2018 del 14 de marzo de 2018 Rad: 46745 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: “*El material probatorio recaudado no permite establecer, como lo aspira la parte accionante, los días que efectiva y realmente trabajaron al servicio de la empresa demandada, (sic) razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario, lo que se acompasa con la doctrina jurisprudencia (sic) de esta Corte, según la cual estos derechos deben aparecer acreditados,...*”.

modalidad se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal ‘disponibilidad’ si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral. Y lo propio ocurre si el trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas, en determinado lugar” (Sentencia del 14 de agosto de 2007, radicado 30461, en la que reiteró la sentencia del 11 de mayo de 1968)¹¹. Resulta claro entonces que la disposición para prestar servicios en los eventos en que estos no se materializan no genera por sí sola remuneración por trabajo suplementario y de los demás recargos, el elemento determinante para el efecto es que el trabajador *no pueda disponer libremente de su tiempo*¹².

Con el anterior referente jurisprudencial y una vez revisado el expediente el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto negó el pago de la jornada adicional por *disponibilidad* del demandante a prestar servicios fuera de su horario laboral pues no se demostró por quien tenía la carga de la prueba la efectiva prestación personal del servicio en alguno de los que denomina “turnos” de disponibilidad, ni que por un eventual llamado de su empleador le resultara imposible desarrollar sus propias actividades de índole personal, familiar o social, o se limitara la libertad que tenía para el uso de su tiempo libre.

El demandante alega que hacía parte del grupo básico de contingencia y que por ello debía estar atento al llamado del empleador para atender las emergencias que se presentaran en los oleoductos de OCENSA y

¹¹ “... no toda ‘disponibilidad’ o vocación permanente, por un periodo más o menos largo, a prestar el servicio efectivo, puede calificarse como trabajo para enmarcarlo dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada ‘disponibilidad’ tiene tales matices de servicio más o menos frecuentes, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajar en forma autónoma, que encasillar toda ‘disponibilidad’ dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral, es propiciar un criterio que conduciría en numerosas situaciones al absurdo (...)”

¹² Al respecto se puede consultar la sentencia SL1514 de 2023.

ODC. Si bien el testimonio de ENRIQUE REINEMER LIACH¹³ compañero de trabajo del demandante señaló que su horario de trabajo era de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y los sábados hasta mediodía, y cuando salían de la jornada de trabajo tenían que estar pendientes de un eventual llamado de la empresa para la atención de las emergencias y la disponibilidad no les fue remunerada, no dio cuenta precisa de las emergencias que en vigencia de los contratos de trabajo se hubieran presentado, ni de las veces que GABRIEL ZAMBRANO hubiera tenido que participar en los denominados “*simulacros de escritorio*” en los que lo llamaban para verificar su ubicación y disponibilidad. Adicionalmente la testigo BLANCA BEATRIZ BITAR¹⁴, ingeniera residente de obra y superior jerárquico del demandante fue clara en señalar que por fuera del horario de trabajo el demandante era *autónomo de su tiempo*, que podía alejarse libremente de la base, y que no tenía que pedir permiso para disponer de sus fines de semana, pues a pesar de que en cualquier momento podían necesitar el equipo de contingencias -del que GABRIEL ZAMBRANO hacía parte- y en los entrenamientos se establecían tiempos de respuesta, no *pasaba nada* si no contestaba o se presentaba porque contaban con un equipo de 97 personas para atender las emergencias y siempre se buscaba el recurso humano que estuviera más cercano a ella.

No se prueba la prestación efectiva del servicio con el listado de programación de semana santa del 29 de febrero de 2016 (archivos 10 y 11, de la carpeta 02, primera instancia), ni con los correos electrónicos de 23 de marzo de 2016 en los que se pide “*mantener el celular encendido disponible para la atención inmediata de cualquier llamada*”, de 5 de agosto de 2015 en el que se indica el personal o grupo básico de contingencia que está disponible el fin de semana, del 16 de octubre de 2015 en el que se solicita al personal *estar atento al llamado* y establece turnos de disponibilidad para el primer y segundo llamado para el 17 y 18 de octubre de ese año, y los demás que reposan en la subcarpeta 22 calendados entre 2014 y 2016, porque son anteriores al

¹³ Audiencia del 28 de marzo de 2023, récord 1:28:25, archivo 22.

¹⁴ Audiencia del 28 de marzo de 2023, récord 2:12:13, archivo 22.

inicio del primer contrato del demandante ninguno está dirigido a este o aparece su nombre relacionado, y refieren que *“los que tengan residencia lejos pueden salir sin preocupación, pero que ante una emergencia todos debían atender las llamadas”*, esto es, dan cuenta de que los trabajadores no tenían una restricción para la ejecución de otras actividades fuera de la jornada laboral (archivos 10, 11, 12, 13, 14, 15, carpeta 02 pruebas demandante, primera instancia). Tampoco se obtiene prueba de la Circular interna 004 de 21 de octubre de 2011, porque fue expedida antes de la vigencia del contrato laboral del demandante, ni de los memorandos de disponibilidad y la remuneración de este tiempo, porque fueron expedidos por empresas distintas a las demandadas (archivo 23, ibídem); ni de los turnos de disponibilidad de final de año de 2018, porque el demandante no figura en ellos (archivos 26 y 27 ibíd) ni de los *simulacros de escritorio* de 12 de octubre de 2014, 8 de junio de 2016, 20 de marzo de 2013 y 2 de junio de 2015 (archivos 4, 5, 6 y 7, carpeta 02, y folios 10 a 13 archivo 16 primera instancia) pues en ellos no participó el demandante.

Tampoco resultan pertinentes los documentos denominados *“especificaciones técnicas servicio de mantenimiento preventivo, correctivo y atención de eventos anormales “emergencias” en los oleoductos Ocesa y Oleoducto de Colombia S.A.”* y *“especificaciones técnicas AB-FT-013 OCENSA”* en las que se fijan los lineamientos para la atención de emergencias y/o eventos anormales y se obliga al contratista, en este caso ISMOCOL, a *disponer de un directorio de recursos humanos calificados en los sectores principales y a entregar un listado de personal de primera respuesta y personal ocasional e indica los cargos requeridos*, e incluso a atender las situaciones anormales los 7 días de la semana, las 24 horas del día, pues las condiciones contractuales establecidas o fijadas por los contratantes respecto de ISMOCOL no dan certeza de que el demandante tuviera que estar disponible 24 x 7 o en qué momento prestó efectivamente sus servicios, ni de ellas se deduce que estuviera impedido para disponer libremente de su tiempo con posterioridad al cumplimiento de su jornada laboral, pues la atención de contingencias no implica, necesariamente, que fuera el demandante quien debiera acudir a ese llamado, las especificaciones se refieren a cargos y no a personas determinadas

Exp. 20 2021 00635 01
Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

(páginas 18 a 20, archivo 17 y 19 archivo 18, carpeta 02, primera instancia).

Del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de ISMOCOL¹⁵ no se obtuvo confesión de la prestación del servicio fuera del horario laboral o de la imposibilidad del demandante para retirarse de la base y disponer de su tiempo, por el contrario, el representante legal negó que el trabajador estuviera disponible o que prestara servicios por fuera de su horario laboral y dijo que sólo en exceptuadas oportunidades efectuó el pago de recargos y horas extras correspondientes. De igual forma, nada se extrae del testimonio de CÉSAR LONDOÑO CONTRERAS¹⁶ en tanto no se refirió a la participación puntal del demandante en las emergencias, pues indicó de manera general cómo se procedía ante su ocurrencia; además y fundamentalmente señaló que no había ningún tipo de represalia contra el trabajador que no atendiera el llamado del empleador.

Así las cosas, para la Sala ningún elemento de prueba da cuenta clara de que en los tiempos de *disponibilidad* el trabajador no tuviera la posibilidad de realizar cualquier actividad personal, familiar, social, recreativa, etc., ni se advierte que estas situaciones fueran restringidas por el hecho de estar atento a las llamadas que eventualmente pudiera realizar su empleador, y aunque se le exigió permanecer cerca al perímetro del área de trabajo ello es apenas lógico en atención a la calidad de su cargo y la naturaleza del servicio que presta la demandada, hecho que no implica una restricción a la disposición libre del tiempo de descanso, que es lo que causaría el derecho al pago de tiempos de trabajo suplementario.

Si bien como lo expresa la recurrente, la *disponibilidad* normalmente conlleva una restricción a la libertad de aprovechamiento de radicación en determinado sitio para la facilidad la atención de servicios eventuales

¹⁵ Audiencia del 28 de marzo de 2023, archivo 22, récord 18:01, primera instancia.

¹⁶ Audiencia del 9 de mayo de 2023, parte 2, récord 04:31, archivo 24, primera instancia.

dicha circunstancia por sí sola no se traduce en jornadas laborales de veinticuatro horas, 7 días a la semana, como se pretende en la demanda.

En consecuencia, no hay lugar a reconocer al demandante el pago del tiempo de disponibilidad, y consecuencialmente, no procede la reliquidación de las acreencias laborales.

III) SALARIOS. Para resolver si los viáticos y la “*bonificaciones*” son salario, el artículo 127 del CST dispone que *todo pago* recibido por el trabajador del empleador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, es salario, al margen de la forma o denominación que se pacte¹⁷.

A su vez el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, posibilidad que –a juicio de esta Sala- solo cabe frente a una *duda razonable*¹⁸ que pudiera existir sobre la naturaleza salarial de lo pagado, pues el pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales a sumas que tengan claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería ineficaz.

¹⁷ Artículo 127 del CST: “*Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones*”.

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

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

Con estas premisas normativas, para decidir controversias como la que se estudia, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del CST que permite la conciliación o transacción de derechos laborales cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el Juez laboral no podrá otorgar validez al pacto de exclusión salarial cuando verse sobre pagos recibidos por el trabajador de su empleador que tengan de forma cierta e indiscutible naturaleza salarial. Pero una duda razonable sobre esta situación (la naturaleza salarial, es decir, sobre el carácter retributivo del pago, o sobre su habitualidad, o sobre si constituye o no un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador), habilitará la transacción o pacto mediante la cual las partes saldan discusiones futuras excluyendo de la base de liquidación de los derechos laborales a dichos pagos. En

esta eventualidad el acuerdo habrá versado sobre derechos *inciertos y discutibles* (artículo 15 CST).

Con este fundamento normativo y una vez revisada la evidencia aportada al expediente, no encuentra el Tribunal demostrado -por quien tenía la carga procesal en esta materia (la parte demandante por ser quien alegó el hecho)¹⁹ de **forma cierta**, el carácter salarial de los viáticos cuya inclusión se reclamó en el proceso.

Para obtener una decisión favorable a la pretensión de incluir VIÁTICOS como factor salarial el demandante debía relacionar y demostrar de forma específica i) que eran viáticos permanentes, ii) que su destino era *proporcionar al trabajador manutención” y alojamiento y no proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación”,* y iii) el valor específico recibido por cada uno de estos conceptos como lo dispone el artículo 130 numerales 1 y 3 del CST.

No se observa en la demanda una relación específica que permita obtener el valor concreto y la eventual omisión de la demandada en incluir la parte que correspondiera por viáticos en el salario base de liquidación de sus derechos laborales. Ni siquiera se relacionaron los días y los lugares en los que el trabajador estuvo alojado en un hotel por cuenta de su empleador, ni el valor de las tarifas que éstos tenían dispuestas para sus usuarios, entre otros datos relevantes.

Tal deficiencia probatoria no se supera con los desprendibles de nómina aportados al expediente pues estos sólo dan cuenta de las oportunidades en las que dicho rubro se canceló, pero no aparece discriminado lo que fue destinado específicamente para alojamiento y alimentación.

Como la evidencia arrimada al expediente en materia de VIÁTICOS no logra demostrar los supuestos referidos, resultó también acertada la

¹⁹ Artículo 167 del CGP: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

decisión del juez que negó su inclusión en la liquidación de prestaciones sociales.

No obstante, frente a las “*BONIFICACIONES*” el Tribunal revocará la sentencia apelada, pues al revisar detenidamente la demanda se advierte que el demandante refiere a los diferentes emolumentos que recibió de forma habitual y respecto de los cuales se suscribieron pactos de exclusión salarial, esto es, el *auxilio de alimentación, el auxilio de transporte y el auxilio de bienestar*, que se demostraron recibidos como pago durante la relación de trabajo, y que para él constituyen “*bonificaciones*”.

Frente a estos pagos no se advierte una *duda razonable* sobre su naturaleza salarial. Las pruebas allegadas demuestran, por el contrario, que tenía causa en directa la prestación del servicio, que constituían ingresos en el patrimonio del actor, y que se entregaban de forma habitual.

Sobre lo primero²⁰ obran las comunicaciones calendadas 21 de noviembre de 2016, dirigidas al demandante, en la que se le informa que ISMOCOL *en forma extralegal y a título de mera liberalidad*, decidió concederle estos beneficios en dinero, que constituyen “*un reconocimiento a la capacidad operativa y técnica dada la especialidad y conocimientos que ha acreditado y el grado de importancia de estos conocimientos para la ejecución del proyecto en la actividad en la que ha sido contratado*” (folios 55 a 57, archivo “*ANEXOS 151-207.pdf*” y 24 a 26 archivo “*ANEXO 238 – 263.pdf*”, pruebas ISMOCOL). En otros términos, procedía su pago por la efectiva prestación del servicio y el cumplimiento de sus funciones. Son por ello una *contraprestación* adicional que remuneraba el servicio en las condiciones pactadas y no un acto de mera liberalidad del empleador, como se indicó en el pacto de exclusión (ibídem).

²⁰ Que tenían como causa directa la *prestación del servicio*.

Sobre lo segundo²¹ y lo tercero²² obran como prueba los desprendibles de nómina del archivo 30 carpeta 02 de los que se deduce que las sumas ingresaban al patrimonio del demandante, y que los pagos por *auxilio de alimentación, auxilio de transporte y auxilio de bienestar* eran cancelados cada mes al trabajador. Ningún elemento de convicción arrió la demandada del que se pudiera establecer que el accionante no podía destinar esos dineros libremente.

Demostrado que los pagos recibidos por el demandante a título de *auxilio de alimentación, auxilio de transporte y auxilio de bienestar* tenían *claramente* las características que la Ley asigna al salario, resulta ineficaz el pacto que pretendió excluirlos de la base de liquidación de sus prestaciones sociales y otros derechos laborales.

Así las cosas, se debe imputar el valor recibido por estos conceptos en la liquidación de prestaciones sociales y de aportes a seguridad social en pensión del demandante, y dictar las condenas que corresponden.

IV) RELIQUIDACIÓN DE DERECHOS. Antes de estudiar si la demandada adeuda algún valor al demandante por reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones, se debe definir la excepción de prescripción de la acción, propuesta oportunamente.

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

²¹ Que constituía un ingreso personal para el trabajador, por oposición a pagos que pudo recibir para realizar mejor la función y por ello no ingresan a su patrimonio, como los gastos de representación.

²² Que los pagos se realizaban *habitualmente*.

En cesantías, el término trienal de prescripción se contabiliza a partir de la terminación del contrato, por ser el momento a partir del cual se hace exigible su pago; en las vacaciones el término de tres años comienza a correr cuando termina el año con que cuenta el empleador para concederlas, una vez causadas, conforme lo establece el artículo 187 del CST; y los aportes a seguridad social en pensión, según reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, son imprescriptibles.

Como la demanda fue presentada el 9 de diciembre de 2021 (folio 43, archivo 01) y no se advierte que se haya reclamado la inclusión de estos conceptos en la base salarial y la reliquidación de sus acreencias laborales, operó la prescripción de los derechos que pudieron causarse en el primer contrato, salvo los aportes a seguridad social, así como de las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria. También operó la prescripción de aquellos derivados del segundo contrato de trabajo, causados antes del 9 de diciembre de 2018, salvo las cesantías - según se dijo-, las vacaciones frente a las cuales procede el pago de las causadas en el año 2018, y los aportes a seguridad social los cuales no están sujetos a término prescriptivo alguno.

Vale la pena anotar que no se tiene en cuenta la reclamación presentada el 13 de julio de 2020 a la que se refiere ISMOCOL en la comunicación del 10 de noviembre de 2020 (archivo 32, pruebas demandante), porque se desconocen los términos exactos en que fue presentada y, en todo caso, según se extracta de esa respuesta, el demandante solo pidió el reajuste de sus acreencias con base en la *disponibilidad permanente*.

Con tales precisiones, efectuados los cálculos correspondientes teniendo en cuenta los desprendibles de nómina que reposan en el expediente, se obtienen como salarios promedios mensuales los siguientes:

Año	Salario Promedio
2016	\$ 2.591.675
2017	\$ 3.732.057
2018	\$ 4.015.813

Exp. 20 2021 00635 01
Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

2016												
CONCEPTO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
Sueldo	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 651.105	\$ 2.242.695
Auxilio de Transporte	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 10.360	\$ 77.700
Auxilio de Alimentación	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 70.172	\$ 526.290
Auxilio de bienestar	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 102.840	\$ 771.300
TOTALES	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 834.477	\$ 3.617.985
PROMEDIO	\$											2.591.675

2017												
CONCEPTO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
Sueldo	\$ 2.242.695	\$ 2.025.660	\$ 2.242.695	\$ 2.090.350	\$ 2.242.695	\$ 2.170.350	\$ 2.242.695	\$ 2.323.223	\$ 2.321.340	\$ 2.398.718	\$ 2.166.584	\$ -
Horas extras diurnas	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 11.304	\$ 22.648	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 24.181	\$ 392.694	\$ 36.271	\$ -
Dominicales (días trabajados)	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 126.804	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 36.271	\$ -	\$ -
Auxilio de Transporte	\$ 80.290	\$ 80.290	\$ 72.520	\$ 80.290	\$ 77.700	\$ 80.290	\$ 77.700	\$ 83.020	\$ 85.932	\$ 83.160	\$ 94.248	\$ -
Auxilio de Alimentación	\$ 543.833	\$ 543.833	\$ 491.204	\$ 543.828	\$ 526.290	\$ 543.833	\$ 526.290	\$ 554.333	\$ 565.533	\$ 547.290	\$ 620.262	\$ -
Auxilio de bienestar	\$ 797.010	\$ 797.010	\$ 719.880	\$ 797.010	\$ 771.300	\$ 797.010	\$ 771.300	\$ 812.400	\$ 829.180	\$ 802.808	\$ 829.024	\$ -
Retroactivo Sueldo	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 231.518	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Retroac. Aux. Transporte	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 7.462	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Retroac. Aux. Alimentación	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 28.700	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Retroac. Aux. Bienestar	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 42.066	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
TOTALES	\$ 3.663.828	\$ 3.446.793	\$ 3.526.299	\$ 3.649.386	\$ 3.640.633	\$ 3.591.483	\$ 3.617.985	\$ 4.082.722	\$ 3.826.166	\$ 4.260.941	\$ 3.746.389	\$ -
PROMEDIO	\$											3.732.057

2018												
CONCEPTO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
Sueldo	\$ 2.321.340	\$ 2.166.584	\$ 2.398.718	\$ 2.321.340	\$ 2.398.718	\$ 2.221.340	\$ 2.453.198	\$ 2.504.273	\$ 2.423.490	\$ 2.504.273	\$ 2.423.490	\$ 2.342.707
Horas extras diurnas	\$ -	\$ 48.631	\$ 24.181	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 37.876	\$ -	\$ -	\$ 50.489	\$ 1.009.283	\$ 584.162
Horas extras diurnas fest.	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 20.196	\$ -	\$ -
Dominicales (Días Trábal)	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 106.208	\$ -	\$ -	\$ 141.370	\$ -	\$ -
Auxilio de Transporte	\$ 66.528	\$ 85.932	\$ 77.616	\$ 85.932	\$ 83.160	\$ 85.932	\$ 85.680	\$ 91.140	\$ 91.140	\$ 88.200	\$ 91.152	\$ 99.968
Auxilio de Alimentación	\$ 437.832	\$ 565.533	\$ 510.804	\$ 565.533	\$ 547.290	\$ 565.533	\$ 556.050	\$ 583.637	\$ 583.637	\$ 564.810	\$ 583.637	\$ 640.118
Auxilio de bienestar	\$ 641.664	\$ 828.816	\$ 748.608	\$ 828.816	\$ 802.080	\$ 828.816	\$ 819.720	\$ 865.272	\$ 865.282	\$ 837.360	\$ 865.282	\$ 949.018
Retroactivo Sueldo	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 51.075	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Retroac. Aux. Transporte	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 1.684	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Retroac. Aux. Alimentación	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 5.840	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Retroac. Aux. Bienestar	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 11.760	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
TOTALES	\$ 3.467.364	\$ 3.695.496	\$ 3.759.927	\$ 3.801.621	\$ 3.831.248	\$ 3.701.621	\$ 4.129.091	\$ 4.044.322	\$ 3.963.549	\$ 4.206.698	\$ 4.972.844	\$ 4.615.971
PROMEDIO	\$											4.015.813

No se incluyeron para el cálculo, los viáticos, ni las prestaciones sociales, ni las vacaciones.

Así las cosas y según los valores probados, se efectuó la reliquidación de las PRESTACIONES SOCIALES (cesantías, intereses sobre las cesantías y primas) y VACACIONES solicitadas, teniendo en cuenta la prescripción de la acción, de lo cual se obtuvieron los siguientes valores adeudados a título de diferencias entre lo calculado por la Sala y los pagos que se encuentran acreditados en el expediente por parte del empleador:

Concepto	Pagado	Reliquidado	Diferencia
Cesantías	\$ 2.857.112,00	\$ 3.993.503	\$ 1.136.390,60
Intereses a las cesantías	\$ 340.035,00	\$ 476.558	\$ 136.522,98
Prima de Servicios	\$ 1.436.449,00	\$ 2.007.906	\$ 598.919,33
Vacaciones	\$ 1.408.987,00	\$ 1.996.751	\$ 587.764,30
TOTAL			\$ 2.459.597,20

En la parte resolutive de esta sentencia se dispondrá el pago de las sumas adeudadas y la reliquidación de aportes a seguridad social en pensión, con las diferencias salariales señaladas.

V) SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR CONSIGNACIÓN INCOMPLETA DE LAS CESANTÍAS. Para decidir si

procede o no sanción moratoria por la omisión del empleador, el artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y las prestaciones que se hubieran causado y estuvieren pendientes de pago al finalizar el vínculo laboral. Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 sanciona también al empleador que incumpla el plazo para efectuar la consignación de las cesantías, con el pago de un día de salario por cada retardo transcurrido desde el 15 de febrero de cada año calendario.

Sin embargo, dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador bien puede estar revestida de buena fe, y esta situación se deriva, entre otras causas, del entendimiento plausible, es decir, *con razones válidas* en el empleador, de no estar obligado a la consignación o al pago, según corresponda²³.

Frente a esta circunstancia (el entendimiento plausible del empleador de no estar obligado a efectuar la liquidación de los derechos laborales incluyendo los valores sobre los cuales se hizo un pacto de exclusión salarial) resulta necesario recordar que sobre la validez de estos pactos ha existido una controversia razonable en la jurisprudencia nacional desde el año 1990, al punto que, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado en el pasado que tales acuerdos tienen plena validez²⁴.

De ello resulta claro que el empleador actuó con buena fe (amparado en *razones* que incluso la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia validó en su momento) de no estar obligado al

²³ Sobre la sanción moratoria ha dicho la Sala Laboral de la Corte que “(...) *no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe*”²³.

²⁴ Cfr. Sentencia SL9827 de 2015.

pago, criterio que se debe entender como una interpretación razonable y posible, aunque equivocada, del ordenamiento jurídico, lo que excluye mala fe y de contera la obligación de pagar las sanciones reclamadas.

VI) INDEMNIZACIÓN DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. Para resolver esta parte de la controversia se advierte que el demandante perseguía principalmente el pago de la indemnización con fundamento en la existencia de un único vínculo laboral, a término indefinido, pretensión que no procede pues, como se definió en apartados anteriores, entre el demandante e ISMOCOL existió más de una relación laboral. Por ello, se efectuará su análisis con fundamento en las pretensiones subsidiarias propuestas, y solo respecto del último contrato pues, como se dijo, operó la prescripción frente a la posibilidad de reclamar el pago de la indemnización por despido en el primer contrato.

El artículo 61 del CST establece las causas legales por las cuales termina el contrato de trabajo. Entre ellas el literal c) señala “*Por expiración del plazo fijo pactado*” para los contratos que se han celebrado válidamente con esta modalidad de duración definida de la relación de trabajo.

Con este fundamento normativo y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia que negó condena al pago de indemnización por despido injusto, pues se demostró que las partes sujetaron la duración del contrato de trabajo a un término o plazo fijo, y se demostró que el contrato finalizó precisamente por el vencimiento del plazo, situación que se verifica de analizar en conjunto el contrato, sus prórrogas y el preaviso calendado 29 de noviembre de 2018, en el que se informa al demandante que su contrató terminará por vencimiento del plazo el 29 de diciembre siguiente (folios 6 y 7 archivo 29, pruebas demandante y folio 5 archivo “*anexo 208- 238.pdf*” pruebas ISMOCOL).

VII) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 34 del CST asigna responsabilidad solidaria del contratante de una obra frente a las obligaciones laborales que surgen entre el contratista y sus trabajadores, salvo que lo contratado sean

labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio - del contratante-. Como esta norma dispuso una regla general de responsabilidad solidaria para evitar que el empleador diluya artificiosamente en terceros las responsabilidades laborales que las normas legales le asignan, solo se puede eximir de dicha responsabilidad el contratante que demuestre fehacientemente dentro del proceso que se encuentra en la *excepción* que establece la norma, probando que el objeto del contrato civil comercial o administrativo comporta labores *extrañas* al objeto social de su empresa o negocio.

Bajo esta clara regla, el Tribunal declarará la responsabilidad solidaria con OCENSA y ODC, pues se probó que el actor estuvo asignado por su empleador a la operación de los contratos marco 3802636 y 8000002628 suscritos por ISMOCOL con OCENSA y ODC, respectivamente - así se aceptó por su empleador desde la contestación de la demanda- y se probó que tales sociedades cumplían actividades conexas o afines, a la actividad encargada al demandante.

Sobre esto último, si bien es cierto que las funciones u objeto de las empresas (ISMOCOL, OCENSA y ODC) no son idénticas, si son conexas o complementarias y no se pueden considerar extrañas a las que desarrollan los demandados, labores que contrató con ISMOCOL relativas al *mantenimiento mecánico, preventivo, correctivo y atención de emergencias* en los oleoductos de OCENSA y ODC. Por ello procede la declaración de responsabilidad solidaria con estas sociedades²⁵.

²⁵ Sobre la materia cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 14 de febrero del 2018, sentencia SL-217 radicación No. 58487, en la cual expresó:

*“Esta Sala en sentencia SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000, rememoró lo enseñado en decisión SL, del 20 de mar. 2013, rad.40.541, en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, **cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.***

Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

Exp. 20 2021 00635 01

Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA: Definida la responsabilidad a cargo de OCENSA y ODC procedente resulta el estudio del llamamiento en garantía efectuado por estas compañías respecto de la aseguradora CHUBB SEGUROS.

Revisado el expediente se advierte que en virtud de las pólizas No.32867 vigente entre el 24 de octubre de 2016 al 24 de octubre de 2022 en la que figura como tomador ISMOCOL S.A. y como asegurado/beneficiario OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. (archivo 03, pruebas ODC) y 32824 vigente entre el 12 de octubre de 2016 y el 12 de febrero de 2020 (posteriormente prorrogada, folios 102 a 109 y 113 a 119 pruebas OCENSA) se garantizó *“el pago de los perjuicios derivados por el incumplimiento del contrato No. 3802636, cuyo objeto es mantenimiento mecánico preventivo, correctivo y atención de emergencias”* en el Oleoducto Central OCENSA y Oleoducto de Colombia ODC, respectivamente, amparando, entre otras, prestaciones sociales, las que según el clausulado general obliga a la aseguradora a *“indemnizar al contratante los perjuicios patrimoniales causados por el incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones laborales a que está obligado, relacionadas exclusivamente con el personal*

[...] En primer término, y antes de estudiar los medios de convicción que se citan en el cargo, resulta de interés para la Corte precisar que el anterior razonamiento de la impugnación en realidad involucra una cuestión de orden jurídico y no fáctico, esto es, si para establecer la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra o si es viable analizar también la actividad específica adelantada por el trabajador; cuestión que no puede ser planteada en un cargo dirigido por la vía de los hechos.

Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado.”**

Exp. 20 2021 00635 01
Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

utilizado para la ejecución del contrato garantizado” (folios 9 y 10 archivo 03 pruebas ODC y folio 105 pruebas OCENSA)

Por ello, CHUBB SEGUROS responderá por las sumas imputadas a cargo de OCENSA y ODC por prestaciones sociales y reliquidación de aportes a seguridad social, sin superar, en todo caso, el tope asegurado.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se REVOCAN y correrán a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** el auto dictado el 22 de febrero de 2023 por las razones expuestas.
2. **REVOCAR** parcialmente el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia.
3. **CONDENAR** a ISMOCOL S.A.S a pagar a favor de GABRIEL ZAMBRANO AGRESOTT la suma de **\$2.459.597,20**, como diferencias de derechos laborales por la inclusión de factores salariales.
4. **CONDENAR** a ISMOCOL a ajustar el valor de los aportes a la seguridad social en pensiones de GABRIEL ZAMBRANO AGRESOTT entre el 21 de noviembre de 2016 y el 28 de noviembre de 2017, y del 2 de enero al 29 de diciembre de 2018, tomando para el efecto el salario mensual indicado en la parte motiva de esta providencia. Estos pagos se deben hacer a la entidad del Sistema de Seguridad Social en pensiones en la que se encuentre afiliado el demandante.
5. **DECLARAR** que OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA y OLEODUCTO DE COLOMBIA – ODC son solidariamente responsables del pago de las diferencias por prestaciones

Exp. 20 2021 00635 01

Gabriel Zambrano Agresott contra Ismocol de Colombia S.A. y otros.

sociales y aportes a seguridad social en pensión ordenados en los numerales anteriores a favor del demandante.

6. **DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas y no probadas las demás.
7. **CONDENAR** a CHUBB SEGUROS como llamada en garantía, a pagar a favor del demandante las diferencias por prestaciones sociales y aportes a seguridad social ordenadas a cargo de ISMOCOL en los términos, coberturas y topes establecidos en las pólizas No. 32867 y 32824.
8. **REVOCAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia y en su lugar condenar en **COSTAS** de primera instancia a ISMOCOL, OCENSA y ODC.
9. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
10. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 24 2022 00072 01
Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CARMEN EDELMIRA PÉREZ ARDILA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍA, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL) Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por la DEMANDANTE, COLFONDOS, SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2023 por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CARMEN EDELMIRA PÉREZ ARDILA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL) Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de la afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado mediante COLFONDOS, y los posteriores traslados efectuados a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A, por existir omisión en la

EXP. 24 2022 00072 01
Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

información, *engaño, error y asalto en su buena fe*. En consecuencia, pide que se ordene a PROTECCIÓN, COLFONDOS y SKANDIA, trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, semanas cotizadas, así como los demás dineros que hubiere recibido durante el tiempo en el que permaneció afiliada en el RAIS, y se ordene a COLPENSIONES continuar con su afiliación declarando que siempre estuvo en el RPM sin solución de continuidad (ver demanda folios 08 a 24 del archivo 01, primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad al suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Asegura que al momento del traslado la demandante no se encontraba inmersa en alguna causal de prohibición, y que la suscripción del formulario de afiliación denota la aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica* (ver contestación folios 32 a 57 del archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS contestó a través de apoderado judicial quien se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda. Afirma que brindó una asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones que tenía la decisión de trasladarse de régimen, y entre administradoras, incluyendo características, funcionamiento, diferencias, ventajas, desventajas y la rentabilidad de los aportes en el RAIS. Sostiene que la demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre con consentimiento expreso como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Resalta que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen ratificaron su voluntad de permanecer en éste, lo que desvirtúa el presunto engaño al que

EXP. 24 2022 00072 01
Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

habría sido sometida para realizar el traslado. Propuso como excepciones de fondo las que denominó *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago* (ver contestación folios 06 a 27 del archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS (antes OLD MUTUAL) se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la afiliación efectuada con dicha entidad cumplió todos los parámetros legales exigidos a la fecha, brindó información cierta, suficiente y oportuna sobre características, bondades y limitaciones del RAIS, conforme a lo cual la demandante tomó la decisión de trasladarse desde otra AFP, como se evidencia en el formulario de afiliación suscrito. Agregó que el traslado a dicha entidad no se generó con vicios pues lo efectuó desde otra AFP, destaca que no es posible declarar la ineficacia de la afiliación pues el traslado se realizó siguiendo los lineamientos del ordenamiento jurídico. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó *actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son los iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguros- gastos de administración, buena fe y la genérica* (ver contestación folios 03 a 21 archivo 06, primera instancia).

La AFP PROTECCIÓN S.A., se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda que involucren a esa entidad, por cuanto se trata de un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se prueba con el formulario de afiliación suscrito por el demandante de forma libre y espontanea, con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y generó

EXP. 24 2022 00072 01
Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

derechos y obligaciones pues cumplió los requisitos previstos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación pues está consagrada en la ley 100 de 1993. Señala que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado. En su defensa, propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones* (ver contestación folios 03 a 32 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folio 72 a 79 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 14 de marzo de 2023 (archivo 14).

Enterada de la demanda, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contestó el llamamiento a través de apoderado judicial. No se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda, por cuanto las mismas tienen como sujeto pasivo de la relación material debatida a COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A, entidad distinta a su llamante. Dijo no constarle ninguno de los hechos. No formuló excepciones por ser un tercero ajeno al objeto del litigio. Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza. Se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado por cuanto el único objeto de ese contrato es que, *en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora “el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”*. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *el llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA; Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía,*

EXP. 24 2022 00072 01
Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro , porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones.(ver contestación folios 01 a 17, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 20 de noviembre de 2023, mediante la cual la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo la señora CARMEN EDELMIRA PÉREZ ARDILA, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante suscripción de formulario de fecha 21 de abril de 1994, lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora CARMEN EDELMIRA PÉREZ ARDILA, 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 FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora CARMEN EDELMIRA PÉREZ ARDILA, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil, ello significa que debe trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos

EXP. 24 2022 00072 01
Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, conforme a la parte motiva de esta decisión. CUARTO: ORDENAR a las sociedades ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, lo que haya deducido de los aportes efectuados por la demandante para pensión por concepto de gastos de administración debidamente indexados conforme a lo motivado. QUINTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA Y SEGUROS S.A., de las pretensiones objeto de esta litis y del llamamiento en garantía conforme a lo motivado. SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas para las administradoras de régimen de ahorro individual con solidaridad aquí demandadas y probada a excepción propuesta por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA DE SEGUROS, titulada llamamiento en garantía realizado Mapfre es improcedente por cuanto SKANDIA S.A., carece de amparo y/o cobertura frente a acción material ejercida por la parte demandante al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, la titular inexistencia del derecho contractual por parte de SKANDIA , Mapfre no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía conforme a lo expuesto en la parte motiva. SÉPTIMO: SIN CONDENAS en costas. OCTAVO: EN EL EVENTO en que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, no interponga recurso de apelación contra la presente decisión remítase el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor, como lo señala el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social" (Audiencia virtual, récord 2:03:31, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso la DEMANDANTE, pide que se revoque la sentencia de manera parcial en cuanto no impuso condena en costas a las demandadas, pues estas participaron en estas diligencias, en la audiencia, presentaron alegatos de conclusión, por lo que procede la condena en costas con fundamento en lo

EXP. 24 2022 00072 01

Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

establecido artículo 361 CGP¹ (Audiencia virtual, récord 2:06:23, archivo No. 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLFONDOS, pide que se revoque la orden de trasladar los gastos de administración y las primas de seguro previsional de manera indexada, toda vez que ellos no financian la pensión y tales dineros fueron debidamente invertidos, además no se encuentran en poder de la entidad. Alega que estos conceptos se descuentan por mandato legal y su devolución no afecta la financiación de la pensión² (Audiencia virtual, récord 2:11:18, archivo No. 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “muchas gracias su señoría la parte demandante en este momento procesal se encuentra conforme con la parte resolutive, especialmente en los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto sin embargo en este momento se interpone parcialmente un recurso de apelación en contra de numeral séptimo que manifestó sin condena en costas en esta causa por las siguientes razones colpensiones, colfondos, protección a pesar de no costarle ninguna de las situaciones propias del traslado ni de tener los elementos probatorios si propusieron las excepciones de mérito formularon los hechos para sustentar la contestación de la demanda si practicaron los interrogatorios de parte buscando la confesión de la afiliada que de haberse dado, hubiera llevado la absolución de las pretensiones de la demanda además, se observó que presentaron sendos y extensos alegatos de conclusión debe tenerse en cuenta que la condena en costas y agencias en derecho de manera alguna tiene relación con la injerencia o no en la afiliación por cambio de régimen, sino en la participación que operó en esta causa nótese señores magistrados jueces a quien como soporta su procedencia de las agencias en derecho precisamente en el numeral sexto de esta resolutive que declara no probada las excepciones así mismo se ordenó en el numeral cuarto la devolución de los gastos de administración a protección y a colfondos numeral tercero se ordenó a skandia de la devolución de todos los valores y por supuesto en el numeral segundo, como consecuencia de la eficacia de la apelación sin solución de continuidad, es decir, que operó en pleno la procedencia de los derechos sustantivos reconocidos en esta causa nótese su señoría que la acción de ineficacia tiene su precedente en línea jurisprudencial desde el año 2008 sin embargo las accionadas se aferran sin ninguna razón, a negar el derecho de traslado a la demandante negativa que le causa graves perjuicios morales laborales y personales así como los económicos en la medida en que ha tenido que esperar para la resolución de la presente causa 2 años ante la primera instancia en los tiempos que se traen en segunda instancia más o menos 1 año y en algunos casos se viene proponiendo sin fundamento alguno el recurso extraordinario de casación es decir toda esta dilación en el trámite procesal de la ineficacia está coartando directamente un derecho fundamental como es el derecho a la pensión de vejez ya en el caso de la demandante pues tiene en su proximidad pero que teniendo en cuenta esta dilación procesal dadas las contestaciones de la demanda, la oposición a la misma, pues tendrá que esperar hasta el ejecutorio de estas sentencias y el trámite la sala laboral de la corte suprema de justicia en la ponencia 008 del 2019 056601 entre otras en este caso con ponencia del doctor rafael moreno vargas, manifestó que la procedencia de las costas y agencias, el derecho previstas por el artículo 361 del código general del proceso, basta para su reconocimiento, meros criterios objetivos contrarios sensu a cualquier valoración subjetiva que pueda realizarse de la vulneración en el momento de coartarse los derechos sustanciales de esta manera presentamos nuestro recurso de apelación que extenderemos en su sustento ante el tribunal superior de bogotá muchísimas gracias.”

² “muchas gracias su señoría siendo esta la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho en lo que tiene que ver a la condena de gastos de administración indexados contra colfondos toda vez que dentro del proceso que nos ocupa no se ha establecido como tal la responsabilidad de la afp y por ende no es viable concebir la entrega de los gastos de administración al régimen de prima media además la demandante no se vio afectada por el cobro de estos conceptos dado que si hubiera estado vinculada al régimen de prima media, igual se le hubiera causado un 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte así pues, de acuerdo a la línea jurisprudencial de la honorable corte suprema de justicia, los gastos de administración son procedentes bajo los siguientes argumentos, primero la rapidez y en día la línea jurisprudencial de la corte suprema de justicia es proteger a los afiliados, pero debe anotarse que en cualquiera

EXP. 24 2022 00072 01

Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

En el recurso de SKANDIA, pide que se revoque la condena impuesta de trasladar los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, pues fueron descontados conforme al artículo 20 de la ley 100 de 1993 y estuvieron asegurados los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Asegura que la devolución de las primas de seguro previsional está a cargo de MAPFRE, quien fue llamada en garantía, sin que le corresponda devolver los rendimientos por la buena gestión que realizó³ (Audiencia virtual, récord 2:14:51, archivo No. 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

de los dos regímenes se cobra igual una comisión del 3% segundo el mencionado porcentaje en ningún caso corresponde a un capital destinado para financiar la pensión razón por la cual la no devolución de este concepto no afecta al monto de la pensión del afiliado en el régimen de prima media de otro lado, en cuanto a las primas de seguro, la póliza provisional es contratada por la afp en beneficio y provecho de los afiliados, razón por la cual la entidad solo tiene el rol de intermediaria. en consecuencia esta afp recauda las primas de seguro y por cuenta de la aseguradora y dichos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora por lo anterior, es improcedente que la afp devuelva unos recursos que nunca recibió desde la perspectiva de la aseguradora previsional debe señalarse que se prestó efectivamente el servicio, es decir que por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva ella asumió los riesgos de invalidez y muerte de la afiliada y sin los mismos se hubieren materializado, igual le hubiera correspondido al pago de la suma adicional para financiar las correspondientes pensiones y cubrir los determinados riesgos, es decir, que se trata de un contrato que fue debidamente ejecutado y cuyos defectos no se pueden retrotraer como consecuencia de la ineficacia así pues asumir esta condena en los gastos dispuestos por el despacho es contrario a lo dispuesto en el principio constitucional previsional del inciso séptimo del artículo 48 de la constitución nacional, pues se vulnerará la sostenibilidad financiera del sistema. por último, en lo que tiene que ver en indexación de dicha suma solicitó al honorable tribunal tenga en cuenta que el actor de la entidad que represento estuvo cobijada desde inicio fue por el principio constitucional de la buena fe pues el actuar de la entidad estuvo reglada por los parámetros legales dispuestos para ese entonces motivo por el cual solicito que mi representada sea exonerada de cualquier condena en contra llámese indexación de las primas previsionales y gastos de administración del proceso, e igualmente que se mantenga la decisión del honorable despacho en lo que tiene que ver a que se condenen costas a mi representada toda vez repito por el actuar de buena fe que tuvo esta entidad en el caso de la aquí demandante muchísimas gracias”

³ “gracias, doctora, siendo esta la etapa procesal correspondiente me permito interponer recursos de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho atendiendo que los honorables magistrados sala laboral de Bogotá revoque la condena impuesta a mi representada en torno a retornar los conceptos de los gastos, comisiones de seguros previsionales debidamente indexados al régimen de prima media con prestación definida el recurso está sustentado indicado a los honorable magistrados que no es factible que mi representada skandia pensiones y cesantías retornen unos emolumentos de los cuales ya se causaron en pro y beneficio la señora demandante en primer lugar, se ha de advertir a los honorables magistrados que dicho descuentos se utilizaron o se descontaron conforme a lo establecido el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y en específico que era administrar la cuenta de ahorro individual y tener a la señora demandante asegurada para los riesgos de invalidez y sobreviviente mediante un trato de aseguramiento en ese orden de ideas, pues ya se les ha venido dando su uso específico a los descuentos de los cuales se ha venido beneficiando la hoy demandante en primer lugar claramente que los seguros previsionales no son unos rubros que son cubierto por skandia sino que se hace a través de un tercero que es una aseguradora que para el caso en concreto es la aseguradora mapfre, la cual fue llamada a juicio señor magistrados, en este orden de ideas al condenar a mi representada a devolver los emolumentos de los cuales no cuenta dentro de la cuenta de ahorro individual se les estaría causando perjuicio económico al patrimonio propio de skandia pensiones y cesantías y a su vez un enriquecimiento sin justa causa a favor de la señora demandante toda vez que se benefició de ese contrato de aseguramiento y ahora, 20 años después de ser afiliada al sistema general de pensiones administrado por mi representada a retornar al regimen de prima media con prestacion definida sin que acarrea consecuencia alguna para ella, por eso se le pone la sanción a los fondos de pensiones de retornar todos los emolumentos sin que le sea dable mantener los gastos o comisiones en los seguros previsionales que ya fueron utilizados en pro y beneficio a la señora demandante en la misma suerte se puede hablar con los

EXP. 24 2022 00072 01

Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la totalidad de la sentencia. Dice ser un tercero ajeno al negocio jurídico en el que no participó, y que la demandante ha cotizado por más 25 años al RPM y se encuentra inmersa en la prohibición legal para el traslado, que afectaría al equilibrio financiero y presupuestal del sistema. Solicita que no se le imponga condena en costas dado que no tuvo que ver en el traslado primigenio⁴ (Audiencia

comisiones o gastos de administración en atención que dichos emolumentos se utilizaron para darle una administración a la cuenta de ahorro individual administración que se ve reflejada mediante todas esas gestiones administrativas que se utilizan para realizarles unas inversiones generarle unos dineros adicionales que si se tiene en cuenta en el presente fallo se está ordenando también trasladar los rendimientos que obran dentro de la cuenta de ahorro individual generando así un doble enriquecimiento a favor de la señora demandante y encabeza de la administradora colombiana de pensiones colpensiones teniendo en cuenta que se desconoce todas las implicaciones que se generaron a partir de la afiliación de la señora demandante en segundo lugar solicito al respetuosamente a los honorables magistrados que si bien es cierto de las pretensiones de la demanda giran en torno a que declare la ineficacia de la afiliación también lo es que se debe realizar un estudio de ponderación objetiva en cuanto a la teoría de la restituciones mutuas que se deben aplicar a favor de mi representada toda vez que sknadia pensiones y cesantias realmente realizó todas las gestiones que le encomendaron desde la fecha de vinculación de la señora demandante y se le estaría causando ese perjuicio económico que ya se mencionó anteriormente es la misma manera sin gracia de discusión honorables magistrados considera que se deben retornar aquellos emolumentos que son objeto del recurso de alzada solicitarles respetuosamente que en caso de que se confirme el fallo que se ordene retornarlos, en primer lugar sugerir solicitarles que en cuanto a los seguros provisionales se haga el estudio de que sea la aseguradora mapfre que responda por eso teniendo en cuenta, pues que si no existió ningún vínculo que ate a las partes, pues sería la aseguradora que tendría que responder por dichos recursos pues nunca existió un contrato de aseguramiento, entre los cuales se encontraba afiliada la señora demanda de la misma manera solicitarles respetuosamente no condenar aquellos rubros, sean retornados de manera indexada teniendo en cuenta pues que ya en hay un pronunciamiento de los cuales los diferentes tribunales han manifestado las diferentes ciudades que dicha indexación se puede compensar con los rendimientos que se generaron durante un tiempo de afiliación por todo lo anterior le solicito muy respetuosamente a honorables magistrados revocar las condenas a qui apeladas y a la señora juez de instancia conceder el recurso de apelación muchas gracias."

⁴ "gracias su señoría encontrándome dentro de la oportunidad de procesal pertinente respetuosamente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de emitir para que el tribunal superior de Bogotá sala laboral se sirva a revocarla en su totalidad teniendo en cuenta que mi representada Colpensiones como tercero ajeno al negocio jurídico demandado difiere respetuosamente de las consideraciones del despacho al no haber participado en la voluntad o aceptación y suscripción de formulario de afiliación que dio lugar al traslado de régimen pensional libre y voluntario de la demandante Carmen Edelmira Pérez en 1994 con Colfondos s.a, esto teniendo en cuenta que para la época en el que se efectuó dicho traslado no estaba reglada la forma como los fondos de pensiones debían brindar asesoría y buen consejo a los potenciales afiliados bastaba con suscribir el formulario de afiliación y de manifestar de manera voluntaria pues esa aceptación del formulario que en ningún momento fue tachado de falso y que no fue objeto de desistimiento de retratación por la demandante que durante más de 25 años que pues ha venido construyendo pensión en el regimen de ahorro individual con solidaridad la demandante está dentro en el negocio jurídico que se celebró conforme al decreto 2241 2010 que establece el régimen de protección al consumidor financiero este también indica que todos los afiliados tienen obligaciones a su cargo. es notable honorable tribunal el desinterés de la demandante por definir algo tan importante como lo era su futuro pensional este decreto indica que el silencio la no toma de decisión por parte de los consumidores financieros dan lugar a la aplicación de reglas subjetivas con impacto en las cuentas de ahorro pensional y se tendrá como una decisión consciente asumiendo tácitamente efectos legales costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve además en atención a la aquí la demandante pues se

EXP. 24 2022 00072 01
Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

virtual, récord 2:19:10, archivo No. 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que*

encuentra inhabilitada por la ley para retornar de forma automática al régimen de prima medida de mi representada colpensiones se torna inviable esa vinculación o afiliación teniendo en cuenta que el equilibrio financiero presupuestal se vendría afectado con el retorno automático pues no bastaría que los fondos de pensiones entreguen o devuelvan a mi representada Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante dado que a futuro mi representada tendrá que asumir los costos y el reconocimiento de una prestación pensional que no se financia exclusivamente con esos aportes a pensión sino que es el estado quien proporciona el valor necesario y subsidia en un mayor porcentaje las mesadas de todos sus actuales afiliados finalmente y sin que se implique, pues el allanamiento de las pretensiones de la demanda y en dado caso que el honorable tribunal confirme la sentencia de primera instancia y se ordene a colpensiones aceptar a la demandante solicito respetuosamente se condene a las fondos de pensiones aquí demandados a pagar como medida de resarcimiento a favor de mi representada colpensiones los perjuicios económicos que ello genere teniendo en cuenta que pues que mi representada no tuvo injerencia en esa decisión de la demandante y por el contrario, pues se verá afectada a futuro al reconocer una prestación económica a la demandante asimismo, solicitó no condenar a mi representada el pago de costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta que Colpensiones pues no tuvo ningún tipo de participación en el traslado primigenio de la demandante y así mismo tampoco tuvo conocimiento e injerencia en los traslados horizontales que durante los 20 años o 25 años pues ha venido efectuando la demandante de esta manera, su señoría dejó sustentado el recurso de apelación. muchas gracias”

EXP. 24 2022 00072 01

Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 26⁵ años de edad y había cotizado 16.43⁶ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (3 meses y 24 días)⁷, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad de acceso al derecho pensional (tenía 54 años de edad- ver folio del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

⁵ Nació el 26 de noviembre de 1967.

⁶ Ver historia laboral de Colpensiones, folio 29 a 30 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁷ *Ibidem*.

EXP. 24 2022 00072 01

Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{8, 9}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*». Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces,*

⁸ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁹ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 24 2022 00072 01

Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que el asesor le indicó que la Caja Previsional y el ISS se iban a acabar, pero no se le informó cuál era el

EXP. 24 2022 00072 01
Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

funcionamiento de RAIS (Audiencia virtual del 24 de octubre de 2023, récord 25:53).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP SKANDIA la devolución de las cotizaciones efectuadas junto con los bonos pensionales, frutos e intereses, rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados a cargo de aquella y de PROTECCIÓN y COLFONDOS (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993¹⁰), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019,

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

EXP. 24 2022 00072 01
Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Finalmente, frente al llamamiento en garantía se confirmará también la decisión de primera instancia que negó las pretensiones incoadas por la llamante, pues SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS no demostró la existencia de una relación sustancial con la aseguradora llamada en garantía que imponga a ésta el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibió del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte del afiliado. Ello no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso (folio 72 a 79, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia) en las que los beneficiarios son los afiliados al Fondo de pensiones obligatorias y no la demandada, y cuyo objeto -además- es diferente al pretendido por la recurrente.

Finalmente, se MODIFICARÁ el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar imponer condena en costas de primera instancia a las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR, AFP PROTECCIÓN, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante, COLFONDOS y SKANDIA.

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

RESUELVE

EXP. 24 2022 00072 01
Carmen Edelmira Pérez Ardila vs Colpensiones y otros.

- 1. **MODIFICAR** el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia, para imponer condena en costas de primera instancia a las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR, AFP PROTECCIÓN.
- 2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 4. **COSTAS** en segunda instancia a cargo de la demandante, COLFONDOS y SKANDIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

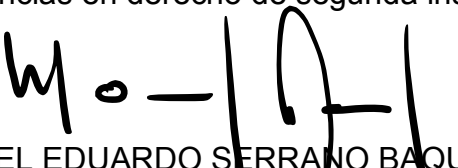


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE NEFTALÍ PATARROYO SIERRA Y ANA AMERITA QUICAZAN DE PATARROYO CONTRA PROTECCIÓN S.A. Y JANET MOLANO MEDINA.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de los demandantes, la sentencia proferida el 18 de agosto de 2023 por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se NEGARON las pretensiones de los demandantes con las cuales se procuraba el reconocimiento de pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de NEFTALY PATARROYO QUICAZAN y se le ordenó a PROTECCIÓN reanudar el reconocimiento de esa prestación en favor de JANET MOLANO MEDINA y efectuar el pago del retroactivo causado desde la suspensión, debidamente indexado.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NEFTALÍ PATARROYO SIERRA y ANA AMERITA QUICAZÁN DE PATARROYO, presentaron demanda en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se les reconozca pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo NEFTALY PATARROYO QUICAZÁN, a partir del 11 de

noviembre de 2020 junto con los intereses moratorios. Además, piden que se ordene a la demandada abstenerse de pagar cualquier prestación económica a JANET MOLANO MEDINA.

Como fundamento de sus pretensiones afirman que son los padres de NEFTALY PATARROYO QUICAZÁN quien falleció el 11 de noviembre de 2020 en la ciudad de Armenia, fecha para la cual se encontraba casado con JANET MOLANO MEDINA a quien PROTECCIÓN reconoció la pensión de sobrevivientes pese a que los esposos no convivían pues su hijo vivía solo. Sostienen que JANET MOLANO MEDINA no tiene derecho a la pensión porque no estuvo pendiente de su hijo NEFTALY PATARROYO QUICAZÁN (Q.E.P.D.), no lo acompañó ni lo socorrió en su enfermedad; ni siquiera asistió a su entierro. De otro lado, aducen ser adultos mayores de escasos recursos económicos que no tienen pensión o ingreso y dependían económicamente de su hijo fallecido quien a pesar de ganar salario mínimo y tener sus propias obligaciones nunca los desamparó y aportaba el dinero necesario para su manutención (ver demanda folios 1 a 9, archivo 01 y archivo 03, primera instancia).

Notificada de la demanda y corrido el traslado legal, las demandadas la contestaron a través de apoderado judicial.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A aceptó los hechos relativos a la calidad de padres del causante que ostentan los demandantes, su fallecimiento, y que se encontraba casado con JANET MOLANO MEDINA. Los demás hechos los negó o dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que esa entidad realizó un estudio de siniestros encomendado a la empresa Análisis Estratégico Integral, en el que se pudo determinar que el causante contrajo nupcias con la señora Janet Molano Medina el 20 de diciembre de 2008 y convivió con ella en la ciudad de Armenia por un lapso superior a 5 años. Advierte que reconoció de buena fe la pensión a la esposa del causante, conforme lo dispone el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dado

que es beneficiaria con mejor derecho que los padres; sin embargo, y con el ánimo de no incurrir en un doble pago procedió a la suspensión de pago de las mesadas hasta cuando se resuelva el conflicto entre los beneficiarios. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de obligación por ausencia de causa de PROTECCIÓN S.A. en el reconocimiento pensional, no hay lugar al reconocimiento de la prestación por falta de cumplimiento de requisitos legales, de la improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, prescripción y compensación* (ver contestación archivos 06 y 09, primera instancia).

JANET MOLANO MEDINA aceptó los hechos relativos al matrimonio, el reconocimiento pensional, y el vínculo de los demandantes con el causante, y frente a los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Aduce que el 20 de diciembre de 2008 contrajo matrimonio por el rito católico con NEFTALY PATARROYO QUICAZÁN y convivió con él como su esposa hasta mediados del año 2015 debido a que el causante abandonó el hogar. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que tuvo convivencia continua e ininterrumpida con el causante por más de 5 años, lapso durante el cual le brindó apoyo, asistencia, compañía, y cumplió las labores propias de un a esposa debiendo soportar *el rechazo y la discriminación que sufrió por parte de sus suegros* lo que explica que ahora pretendan desconocer la convivencia con su hijo. Considera tener derecho a la pensión en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 como lo reconoció PROTECCIÓN. Propuso como excepciones de fondo: cobro de lo no debido y buena fe (folios 1 a 42, archivo 13, primera instancia).

Por auto del 3 de marzo de 2023 (archivo 17, primera instancia) el Juzgado admitió la demanda *ad excludendum* presentada por JANET MOLANO MEDINA contra PROTECCIÓN, NEFTALÍ PATARROYO SIERRA y ANA EMÉRITA QUICAZÁN en la que solicita que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite de NEFTALY PATARROYO QUICAZÁN (Q.E.P.D) y se reanude el pago de la prestación a su favor, a partir del 1 de febrero de 2022 (archivo 15, primera instancia).

PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda de la interviniente se opuso a las pretensiones afirmando que el conflicto de beneficiarios debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, conforme lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, y era su deber suspender el pago de las mesadas de la prestación que había reconocido; en caso de determinarse que los padres del causante son los reales beneficiarios de la prestación, la sociedad no tendría como reclamar los pagos que realizó de buena fe, de allí que su obligación esté suspendida hasta cuando se resuelva el conflicto suscitado en el expediente. Presentó como excepciones: *inexistencia de obligación por ausencia de causa de PROTECCIÓN S.A. en el reconocimiento pensional, no hay lugar al reconocimiento de la prestación por falta de cumplimiento de requisitos legales, de la improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, prescripción y compensación* (archivo 18, primera instancia).

Dentro del término de traslado de la demanda *AD EXCLUDENDUM*, los demandantes guardaron silencio, por lo que se les tuvo por no contestada (ato del 24 de marzo de 2023, archivo 19, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de agosto de 2023, a través de la cual el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ las pretensiones de la demanda y CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a reanudar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes favor de JANET MOLANO MEDINA, con ocasión del fallecimiento del señor NEFTALÍ PATARROYO QUICAZÁN y a pagarle el retroactivo pensional causado desde la fecha de la suspensión hasta que sea incluida nuevamente en nómina de pensionados, debidamente indexado. Para tomar su decisión, concluyó, con apoyo en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la cónyuge de un *afiliado* tiene derecho a pensión por sobrevivencia sin necesidad de probar 5 años de cohabitación con el cotizante anteriores al deceso, y que el derecho causado a favor de la esposa excluye la posibilidad para los padres de acceder a la prestación.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción formulada por PROTECCIÓN S.A denominada “no hay lugar al reconocimiento de la prestación por falta de cumplimiento de requisitos legales conforme a las consideraciones expuestas”. SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas PROTECCION S.A. y JANET MOLANO MEDINA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes NEFTALÍ PATARROYO SIERRA y ANA AMERITA QUICAZÁN DE PATARROYO TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a reanudar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora JANET MOLANO MEDINA con ocasión del fallecimiento del señor NEFTALI PATARROYO SIERRA. CUARTO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a pagar a la señora JANET MOLANO MEDINA el retroactivo pensional causado desde la fecha en la que fue suspendido el pago de la pensión hasta el momento en que sea nuevamente incluida en nómina de pensionados, retroactivo que deberá cancelarse de manera indexada y del cual se autoriza a descontar los aportes al sistema de seguridad social en salud que le correspondan a la pensionada. QUINTO: CONDENAR en costas a los demandantes NEFTALÍ PATARROYO SIERRA y ANA AMERITA QUICAZÁN DE PATARROYO a favor de los demandados PROTECCIÓN S.A. y JANET MOLANO MEDINA. Tásense como agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable a los demandantes, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta”* (Audiencia virtual, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 5:13:48).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, PROTECCIÓN S.A. pide que se revoque la orden de indexar el retroactivo causado como consecuencia de la suspensión, pues no actuó de

manera caprichosa sino en aras de salvaguardar los recursos del Sistema¹ (Audiencia virtual, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 5:15:48).

Por el resultado desfavorable del proceso a los demandantes, quienes alegan la condición de *beneficiarios*² de una prestación del Sistema de Seguridad Social, el Tribunal estudiará -además- si tienen o no derecho a la prestación que reclaman en su demanda.

¹ “Si señor encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente prevista para el efecto me permito presentar recurso de apelación parcial contra el fallo de primera instancia en lo que corresponde a la indexación y el pago de las mesadas pensionales causadas desde la suspensión pues del reconocimiento por cuenta de que se trabó la litis con los padres del causante y por qué se sustentó como se sustenta dicho recurso en la medida en que conforme con lo que ha establecido la sentencia SI 5094 del año 2020 la suspensión del pago de estas prestaciones lo que hace es mantener capital mantener el sistema no descapitalizar los recursos o la bolsa de recursos desde la cual se reconoce dicha prestación y en tal sentido pues mi representada no actúa de manera caprichosa sino que en protección pues esos recursos y en la medida en que pues había que salvaguardar la integridad de dicha prestación procedió con su suspensión como quiera que la misma corte en ese fallo reconoció que la no suspensión de dicha prestación hace que sea la misma administradora de fondos de pensiones quién deba pagar doble en la medida en que no puede continuar con el con el pago de una prestación que se encuentra en litigio y si cambia el beneficiario en el curso del proceso que decida pues ese conflicto de beneficiarios repetir contra el beneficiario que en principio recibió de buena fe entonces porque es relevante este aspecto pues porque la misma corte en otros fallos ha mantenido que la indexación como carga en contra del fondo de pensiones es un mecanismo o que si bien mantiene pues a valor constante el dinero no opera de manera automática como quiera que la misma corte reconocido que esa prestación o esa parte accesorio de la prestación procede siempre y cuando sea exigible la prestación y en el caso concreto la prestación no fue exigible durante ese tiempo la medida en que en ese tiempo me refiero al momento en que empezó la suspensión desde el 2021 hasta la actualidad en la medida que pues la misma corte sostiene que se debe suspender entonces en tal sentido condenar a mi representada a que indexe las sumas sería tanto como no permitirle pues a la luz de lo que ha establecido la corte suprema de justicia tener ese derecho a suspender la prestación mientras se define el litigio de ahí que pues considera ese apoderado a lo establecido por el precedente jurisprudencial de la corte suprema de justicia en ese sentido su señoría y de la manera más respetuosa me permito sustentar mi recurso de apelación para que usted si a bien lo tiene lo conceda y sea estudiado por el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral muchas gracias”.

² “ARTICULO 69 CPTSS. (...) Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas. También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.”

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia: (i) que NEFTALY PATARROYO QUICAZÁN falleció el 11 de noviembre de 2020 (folio 19 archivo 01, primera instancia); (ii) que para la fecha de su deceso se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en pensiones a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y dejó causada la prestación; (iii) que JANET MOLANO MEDINA contrajo matrimonio con el causante el 20 de diciembre de 2008 (folios 14 a 15, archivo 06 y 23 archivo 01 primera instancia; (iii) que PORVENIR dejó en suspenso el pago de la prestación que había reconocido a la cónyuge sobreviviente hasta que se desatara el conflicto de quienes alegan la calidad de beneficiarios del causante.

En consonancia con el recurso de apelación y la consulta a favor de los demandantes el Tribunal estudiará: (i) si NEFTALÍ PATARROYO SIERRA y ANA AMERITA QUICAZÁN PATARROYO acreditaron o no las condiciones para ser *beneficiarios* de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo; y (ii) si procede el pago de las mesadas retenidas con indexación.

i) Para resolver lo primero el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente para la fecha del óbito- establece los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes así: cuando muere un afiliado (no pensionado) que había cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, tienen derecho a pensión de sobreviviente en forma vitalicia el cónyuge o el compañero(a) permanente supérstite sin exigencia de tiempos de convivencia, y en forma temporal estas mismas personas si tenían menos de 30 años para la fecha de la muerte y no habían procreado hijos con el causante.

Así lo entendió la Corte Constitucional desde la sentencia C-1094 de 2003, y lo declaró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1730 de 2020 para recoger criterios que había expresado con anterioridad frente

a los tiempos de convivencia necesarios para acceder a la prestación (tal postura se ha reiterado en las sentencias SL 3626-2020, SL 2820-2021, SL 1905-2021, SL 5270-2021, entre otras).

Solo a falta de cónyuge o compañero permanente o hijos con derecho –dice el literal d) de la norma referida- podrán reclamar la prestación los padres del causante, para lo cual deben demostrar que dependían económicamente de él. Sobre ésta última condición se ha pronunciado reiteradamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para definir que la dependencia económica implica que el aporte del hijo sea necesario para la subsistencia de sus padres, y que ello puede suceder, aunque reciban ingresos propios o no se destine la totalidad de los recursos del hijo a la manutención de sus progenitores.

Con estos referentes normativo y revisada la evidencia del expediente la Sala confirmará la decisión que en primera instancia que negó las pretensiones de la demanda incoadas por los padres del causante, pues se probó el derecho en favor de quien fue su cónyuge conforme a la jurisprudencia referida, y ello excluye su acceso a la prestación que reclaman.

ii) INDEXACIÓN. También se confirmará la orden dictada en primera instancia al pago indexado de los valores adeudados, pues la indexación o corrección monetaria es el medio para actualizar la capacidad de pago que tenía una suma de dinero que pertenece al acreedor y se encuentra en poder del deudor. Con ello se contrarrestan los efectos de la inflación o de una eventual deflación, devolviendo la misma suma de dinero, en términos de su capacidad de pago.

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN.

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

RESUELVE

- 1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. **COSTAS** de la apelación a cargo de PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS la suma equivalente UN SALARIO MÍNIMO MENSUAL VIGENTE, como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NOHORA ANGÉLICA RODRÍGUEZ YEPES
CONTRA LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS
INTEGRALES EN SALUD -SISCOOP CTA O SISO CTA Y COOMEVA
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 7 de julio de 2023 por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la CTA SISCOOP, y se condenó a esta última a pagar prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria a favor de la demandante. Además, declaró probada la excepción de ausencia de solidaridad propuesta por COOMEVA EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NOHORA ANGÉLICA RODRÍGUEZ YEPES presentó demanda contra la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS INTEGRALES EN SALUD – SISCOOP CTA o SISO CTA y COOMEVA E.P.S. S.A. EN LIQUIDACIÓN, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral y en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, se declare i) la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con SISCOOP CTA, sin solución de continuidad desde el 1 de julio de 2005 y hasta cuando se haga efectivo su reintegro, ii) la ineficacia del despido efectuado por la CTA el 30 de septiembre de 2019 sin autorización del Ministerio de Trabajo por cuanto gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por salud por el diagnóstico de *síndrome del túnel carpiano bilateral*, iii) que la enfermedad *Síndrome del Túnel Carpiano Bilateral (Código G560)* diagnosticada es de origen laboral y se *materializó* por culpa

suficientemente comprobada de SISCOOP CTA en calidad de empleador, en los términos del artículo 216 del C.S.T., por no cumplir a cabalidad con sus obligaciones de protección y seguridad; iv) que tiene derecho a la actualización o indexación del salario inicialmente pactado, desde el año 2006 y hasta que se haga efectivo su reintegro; y v) que SISCOOP CTA le redujo unilateralmente su salario. En consecuencia, pide se condene solidariamente a las demandadas a reintegrarla al cargo de *odontóloga general* que venía desempeñando o a uno de igual o mejor categoría junto con los salarios, vacaciones, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de percibir desde el 1 de octubre de 2019 hasta que se haga efectivo su reintegro, y la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; a pagar *completas* las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y su sanción por no pago, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones causados en vigencia de la relación laboral, la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los perjuicios *materiales e inmateriales* correspondientes *a la vida en relación, morales subjetivados y objetivados*, por *lucro cesante consolidado y futuro*, cada uno en cuantía de 100 SMLMV por la culpa del empleador en la ocurrencia de su enfermedad laboral, y a indexar sus salarios desde el 2006 y reliquidar sus acreencias laborales y aportes a seguridad social en pensiones. Pide además que se disponga el pago de la indexación de los dineros adeudados respecto de los cuales no opere ninguna otra indemnización o intereses por mora. Como pretensiones subsidiarias *de primer nivel* repite la ya mencionada declaración del contrato de trabajo y su reintegro a la CTA por razones de salud, el reajuste de los salarios por su reducción ilegal y el pago, de forma solidaria entre las demandadas, de las diferencias de salarios, prestaciones sociales y demás acreencias, las indemnizaciones de que tratan los artículos 26 de la Ley 361 de 1997 y 99 de la Ley 50 de 1990 y la indexación e intereses en los términos ya referidos. Como pretensiones subsidiarias *de segundo nivel* solicita igualmente se declare la existencia del contrato de trabajo con la CTA y que este terminó sin justa causa, el derecho a la *actualización salarial “hasta que se haga efectivo su reintegro”* (sic), y el consecuente reconocimiento y pago de las acreencias y aportes a pensión completos causados en vigencia de la relación laboral, las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del C.S.T, artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y aquella prevista por el no pago oportuno de intereses a la cesantía, y la indexación o intereses moratorios. Finalmente, como pretensiones subsidiarias *de tercer nivel* pide que se declare la existencia de un *acuerdo cooperativo de trabajo asociado* con la CTA SISCOOP, la *ineficacia* de la terminación del convenio o acuerdo cooperativo de trabajo

asociado sin la previa autorización por parte del Ministerio del Trabajo por la garantía de *estabilidad ocupacional reforzada* por salud, y el derecho a la actualización o indexación de la *compensación acordada* la cual se vio reducida en su cuantía, la consecuente condena, en forma solidaria al reintegro como *asociada o cooperada* al cargo que venía desempeñando o uno de igual o mejor categoría junto con el pago de las compensaciones y emolumentos dejados de percibir desde el 1 de octubre de 2019, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la reliquidación de las *compensaciones* causadas en vigencia del convenio de trabajo asociado y el pago *completo* de los aportes al sistema general de pensiones, todo debidamente indexado.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que entre el 1 de julio de 2005 y el de septiembre de 2019, desarrolló un *contrato de trabajo a término indefinido* con SISCOOP CTA, en virtud del cual se desempeñó de forma continua e ininterrumpida como *odontóloga general* en la ciudad de Villavicencio - Meta, para atender diariamente y de manera exclusiva a usuarios o pacientes afiliados a COOMEVA E.P.S. S.A. con ocasión de las relaciones comerciales existentes entre esa entidad y SISCOOP CTA, lapso durante el cual estuvo subordinada, recibió órdenes e instrucciones en cuanto al tiempo, modo y cantidad de trabajo, además de memorandos llamados de atención y auditorías por parte de la CTA demandada. Indica que su jornada laboral era de lunes a sábado de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., que prestó sus servicios en las sedes e instalaciones de SISCOOP, entidad que le suministraba los elementos, equipos, herramientas e instrumental de trabajo requeridos. La vinculación se realizó a través de un *acto cooperativo de trabajo asociado*, y en un *anexo al contrato* se pactó como *salario* la suma fija mensual de \$1.600.000, cifra que nunca fue actualizada o indexada por su *empleador*. El 4 de noviembre de 2010 la CTA emitió certificación laboral en que se indica un salario de \$2.700.000. Refiere que el 1 de octubre de 2011 la representante legal de SISCOOP le exigió firmar un *contrato de prestación de servicios #BOG-002* en el que figura como contratante la sociedad SERVICIOS INTEGRALES EN SALUD ORAL S.A.S. en el que se estableció que recibiría como contraprestación por sus servicios una suma fija mensual de \$2.025.000, tras lo cual sus condiciones de trabajo como horario, carga laboral, sede de prestación del servicio no sufrieron alteración alguna; que el 1 de abril de 2012 se le notificó verbalmente la finalización del contrato de prestación de servicios con SERVICIOS INTEGRALES EN SALUD ORAL S.A.S. y el reinicio de su vinculación con SISCOOP CTA. con una asignación menor a la que tenía en

el año 2007. Sostiene que el 16 de enero de 2016 asistió a consulta médica por dolor y *engatillamiento* de dedos pulgar e índice de la mano derecha, *lumbago*, *sensación de adormecimiento y dolor en masa muscular ya la palpación de columna lumbosacra*, que el 31 de enero de 2016 fue diagnosticada por su médico tratante con *síndrome del túnel del carpo* (G560) por lo que se emite autorización de sesión de terapia física para continuar tratamiento y que el 25 de agosto de 2018 NUEVA EPS emite recomendaciones médicas por tres meses que consistían *en evitar actividades propias del oficio que generaran movimientos repetitivos o que requerían la manipulación de herramientas con flexo extensión de muñecas en forma continua*, por lo que el 4 de septiembre de 2018 se le informa por parte de la Cooperativa el cambio de funciones, las cuales consistían en *apertura de historias clínicas en Ciklos (medio electrónico)*, *control de placa bacteriana*, *aplicación tópica de flúor y aplicación de sellantes de foto cuadrado*, *entrega y explicación detallada de los consentimientos informados al usuario para ser diligenciados por ellos*, *valoración de los usuarios que asistan a las consultas no programadas o de urgencias*, *definirles el plan de manejo*, además de *manejar el archivo y recopilar consentimientos diligenciados para su correspondiente encarpetamiento, rotulado y archivo*. Aduce que el 25 de octubre de 2018 le fue emitida una orden de 10 terapias físicas, el 3 de noviembre siguiente se emite *informe de análisis de puesto de trabajo* que no le fue realizado a ella sino a otra odontóloga y el 14 de diciembre de 2018 y el 6 de julio de 2019 se emiten nuevas recomendaciones médicas, esta vez con vigencia de 6 meses. Relata que el 26 de febrero de 2019 NUEVA EPS emite dictamen de calificación de origen, en el que se determina que el *síndrome de túnel carpiano bilateral* (G560) que padece es de origen laboral, decisión que fue impugnada por la ARL SURA y confirmada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta mediante dictamen No. 10300, contra el cual la ARL también presentó recursos. Asevera que el 11 de septiembre de 2019 SISCOOP le notifica la terminación de su contrato de trabajo a partir el 30 siguiente, aduciendo como causa la decisión de la Superintendencia de Salud de *retirar la habilitación para la prestación del servicio de COOMEVA E.P.S. en el departamento del Meta* lo que ocasionó la afectación de la entidad en esa zona del país porque el contrato suscrito entre SISCOOP CTA y COOMEVA E.P.S. era el único que tenía la Cooperativa en el departamento, y la CTA NO efectuó pago alguno de indemnización. Sostiene que para la fecha en que se puso fin a su contrato de trabajo se encontraba en proceso de rehabilitación de su patología, la que de hecho le impedía el desempeño de sus labores en condiciones regulares, estaban vigentes las recomendaciones

médicas, estaba en proceso la calificación del origen de aquel diagnóstico, situaciones que conocía la CTA, y pese a ello no solicitó autorización del Ministerio del Trabajo. De otra parte, indicó que después del año 2010 y hasta la terminación del vínculo SISCOOP CTA pagó de forma incompleta su salario mensual y omitió pagarle las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social a los que tenía derecho. Refiere también que en vigencia de su contrato SISCOOP no contaba con un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo para prevenir la materialización de enfermedades laborales, no identificó los factores de riesgo a los que se vio expuesta por más de 14 años, ni le entregó *férulas, muñequera u otros elementos de protección personal idóneos para su labor que evitaran o redujeran la posibilidad de contraer enfermedades laborales en sus miembros superiores*, tampoco le dio inducción, reintroducción o capacitaciones periódicas sobre identificación de riesgos ocupacionales, cuidado de manos y prevención de enfermedades laborales, ni aplicó ningún programa de pausas activas, sumado a que se vio *obligada* a trabajar en *condiciones ergonómicas deficientes* que exigían *posturas antinaturales para la ejecución de sus labores como odontóloga*. Advierte que el 9 de septiembre de 2020 NUEVA EPS emite concepto desfavorable de rehabilitación para trámite de pensión de invalidez, el 13 de noviembre de 2020 COLPENSIONES notifica dictamen de pérdida de capacidad laboral de primera oportunidad en el que determina un porcentaje de PCL de 24,49% por el diagnóstico *síndrome del túnel carpiano bilateral*, decisión que impugnó el 30 de noviembre de 2020, recurso que no había sido desatado a la fecha de interposición de la demanda. Alude que dentro del objeto de COOMEVA EPS se encuentra la prestación del plan obligatorio de salud y que los servicios odontológicos que prestó a los usuarios de esa EPS hacen parte del POS (ver demanda folios 2 a 48, archivo 01, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, comparecieron las demandadas.

COOMEVA E.P.S. la contestó a través de apoderado judicial. Aceptó solamente el hecho relativo a su objeto social, los demás dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, especialmente a que se declare la solidaridad con SISCOOP CTA, porque a su juicio no se configura la misma. En su defensa, formuló como excepciones de mérito las que denominó: *de la no comparecencia al proceso liquidatorio por parte de la demandante, de la ausencia de solidaridad de Coomeva E.P.S. en Colombia,*

del contrato de cooperación y el contrato de trabajo (ver folios 1 a 17, archivo 11, primera instancia).

Por auto del 20 de septiembre de 2022 y ante la falta de subsanación del escrito de contestación, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS INTEGRALES EN SALUD SISCOOP CTA (archivo 13, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de julio de 2023 dictada por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y SISCOOP CTA, del 1 de julio de 2005 y el 30 de septiembre de 2019, y condenó a esa demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones e indemnización moratoria, absolviéndola de las demás pretensiones formuladas en su contra. Además, declaró probada la excepción de *ausencia de solidaridad* formulada por COOMEVA E.P.S. S.A. y la absolvió de todas las pretensiones. Para tomar su decisión concluyó, con base en las pruebas recaudadas, que entre la demandante y SISCOOP se configuraron los elementos propios de un contrato de trabajo porque su labor para esa cooperativa era personal, subordinada y remunerada. Con relación a los extremos determinó que la relación fue sin solución de continuidad entre el 1 de julio de 2005 y el 30 de septiembre de 2019 con independencia del nombre que se le dio a los contratos o la persona jurídica que figuró como contratante, porque en realidad se prestaron servicios en el mismo lugar y en virtud del mismo vínculo que existía entre COOMEVA y SISCOOP, razón por la cual el contrato de prestación de servicios con Salud Oral no desvirtuó la existencia de un solo vínculo. En lo que respecta a la estabilidad laboral reforzada y al despido sin justa causa consideró que no había lugar a acceder ni al reintegro ni a la indemnización porque operó *una renuncia* por parte de la demandante quien no aceptó el ofrecimiento de la Cooperativa para trasladarse a la sede a Bogotá luego de que se terminara el contrato suscrito entre SISCOOP y COOMEVA E.P.S. -único que tenía la Cooperativa-, tras la pérdida de la habilitación de esa EPS para prestar servicios de salud en el departamento del Meta a partir del 30 de septiembre de 2019. Frente al salario determinó que para las anualidades 2005 a 2009, 2012, 2014 y 2016 este correspondía a \$1.600.000 dada la confesión aplicada a la CTA demandada, y para las restantes anualidades encontró probados los siguientes: 2010 \$2.700.00, 2011 \$2.000.000, 2013 \$1.596.019, 2015 \$1.517.536, 2017 \$1.671.048, 2018 \$1.605.435, 2019 \$1.218.822, advirtiendo

que no había lugar a reajustar o indexar el salario ya que las partes podían modificar de mutuo acuerdo las condiciones del contrato sin necesidad de acudir al juez laboral y que, esa aceptación puede ser tácita si durante varios meses no se presenta inconformidad del trabajador como ocurrió en este caso con el salario. Condenó al pago de las prestaciones sociales y vacaciones por no hallar prueba de su pago, de la sanción moratoria ya que no evidenciaba un actuar de buena fe por parte de la Cooperativa, demandada y de la indexación de las vacaciones porque sobre ese concepto no opera la indemnización moratoria. En lo que toca al origen de la enfermedad estimó que no se allegaron pruebas que le permitieran apartarse del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que determinó que la patología padecida por la demandante era de origen común, sumado a que no se demandó el dictamen frente a quien lo emitió y aquellos interesados en la determinación del origen para efectos de prestaciones tales como subsidios de incapacidad o una pensión de invalidez. En ese escenario y como la enfermedad fue dictaminada como de origen común -dijo- tampoco resulta procedente el pago de la indemnización plena de perjuicios. Negó la solidaridad debido a que SISCOOP era un contratista independiente y las EPS por su naturaleza son las encargadas de organizar y garantizar la prestación del servicio de salud, pero no está dentro de sus funciones prestar dicho servicio.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de ausencia de solidaridad formulada por la demandada COOMEVA EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante NOHORA ANGÉLICA RODRÍGUEZ YEPES y la demandada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS INTEGRALES EN SALUD - SISCOOP entre el 1º de julio de 2005 y el 30 de septiembre de 2019, en calidad de odontóloga general. TERCERO: CONDENAR a la demanda SISCOOP a pagar a la demandante NOHORA ANGÉLICA RODRÍGUEZ YEPES por los siguientes valores y los siguientes conceptos: a) por cesantías la suma de \$22.638.087, b) por intereses a las cesantías la suma de \$2.646.480, c) por prima de servicios la suma de \$22.638.087, d) por vacaciones la suma de \$11.319.043. La suma adeudada por concepto de vacaciones deberá cancelarse debidamente indexadas desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta el momento de su pago definitivo. CUARTO: CONDENAR a la demandada SISCOOP a pagar a la demandante la indemnización moratoria*

que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a partir del 1º de octubre de 2019 a razón de \$40.627,40 diarios y hasta el 30 de septiembre de 2021 para un total de \$29.251.728. A partir del 1º de octubre de 2021 deberá cancelar intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la superintendencia financiera sobre lo adeudado por concepto de cesantías intereses a las cesantías y primas de servicios. QUINTO: ABSOLVER a la demandada SISCOOP CTA de las demás pretensiones incoadas en su contra. SEXTO: ABSOLVER a la demandada COOMEVA EPS S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la demandada SISCOOP CTA y a favor de la demandante. Tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho la suma tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes. SIN COSTAS respecto de COOMEVA S.A.” (Audiencia virtual, récord 2:22:50, archivo 46, primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la DEMANDANTE pide se revoque la sentencia en aquello que le fue desfavorable. Así, en primer lugar, asegura que el contrato terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de su empleador con ocasión de una comunicación que le fue remitida el 11 de septiembre de 2019 en la que no se invocó ninguna de las justas causas establecidas en la norma y, aunque con posterioridad a la finalización del contrato se le ofreció ser trasladada a otra sede de la Cooperativa, ello no puede tener ningún efecto por cuanto ocurrió con posterioridad a la finalización del vínculo. Adicionalmente, advierte que nunca manifestó su voluntad de renunciar y por ello se debió concluir que el despido fue sin justa causa e ineficaz, por cuanto para ese momento gozaba de estabilidad laboral reforzada por salud debido a su diagnóstico de *síndrome del túnel carpiano* que le generó una pérdida de capacidad laboral del 24,49% dictaminado por COLPENSIONES que le impedía y dificultaba sustancialmente la realización de las actividades propias del cargo, patología que era conocida por la CTA demandada, tan es así que la reubicó en razón a las recomendaciones que le fueron expedidas y que estaban vigentes cuando se le puso fin al contrato de trabajo. En esa medida y como no se solicitó autorización del Ministerio del Trabajo, considera que se le debe reintegrar y disponer el pago de los salarios, aportes y demás acreencias que dejó de percibir, así como de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Por otra parte, solicita que se adicione la sentencia para disponer el pago de la sanción por no consignación de las cesantías y por el no pago oportuno de intereses a las cesantías. En lo que corresponde al salario, alega

que el empleador no está facultado para desmejorar unilateralmente las condiciones laborales y no hay prueba alguna que dé cuenta que aceptó dicha reducción o que estuvo de acuerdo con que el valor real fuera inferior a pesar de que el IPC aumentaba cada año, por ello debe tenerse en cuenta entre el 2010 y el 2019 el salario más alto fijado por el juez, debidamente indexado, o el que se pactó al inicio del contrato, debidamente indexado para liquidar las prestaciones. Asegura que se cumplen los presupuestos para tener la enfermedad *síndrome del túnel carpiano* como de origen laboral no solo con base en las normas vigentes, sino también en los testimonios recaudados que dan cuenta de que realizaba actividades repetitivas con sus manos, del tiempo de dedicación a la actividad, de la cantidad de pacientes que debía atender, entre otras condiciones, por lo que el dictamen al que mayor valor se le debe dar es aquel que fue emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, dice que la Junta Nacional no hizo un análisis juicioso de la situación y basó su decisión en la evaluación de puesto de trabajo que no era adecuada. Bajo ese derrotero, sostiene que se debe analizar la culpa del empleador en la ocurrencia de esa enfermedad dada la omisión de todas sus obligaciones de seguridad salud en el trabajo, la falta de un sistema de gestión, el exceso de carga laboral, la falta de entrega de elementos de protección personal adecuados y capacitación, la ausencia de una matriz de riesgos, de la implementación de pausas activas, que obligan a reparar el daño y pagar los perjuicios causados. Alega que sí procede la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S.T con COOMEVA EPS porque esa EPS era beneficiaria de los servicios prestados por la demandante y, además, las actividades realizadas por la CTA a su favor sí estaban relacionadas con su objeto social, tan es así que una vez COOMEVA perdió la habilitación para operar en el Meta, se terminó el contrato de trabajo que sostenía con la CTA. Por último, indica que, de no proceder el reintegro, se debe acceder al pago de la indemnización por despido sin justa causa¹ (Audiencia virtual, récord 2:26:00, archivo 46, primera instancia).

¹ *“Me permito presentar recurso de apelación en contra de la decisión que usted acaba de proferir para que se revoque lo ordenado por su despacho en los numerales 5, 6, 8 de la de la parte resolutive y se revoque el numeral primero en el que se declara probar la excepción de ausencia de solidaridad que Coomeva fundamentó, así como los numerales 3 y 4 su señoría en lo que concierne a la liquidación que de los conceptos se hizo frente a las condenas impuestas. Fundamento este recurso de apelación en lo siguiente ya dirigiéndome a los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Ataco la decisión del juez de primera instancia en los siguientes aspectos: en primera medida en lo que concierne a la terminación del contrato de trabajo de la señora Nohora Angélica Rodríguez. Tal como se allegó al momento en que se radicó la demanda es decir tal como se aportó como prueba en el libelo introductorio la culminación del contrato de trabajo de la demandante se dio por la decisión unilateral de su empleador SISCOOP en este momento fue declarado como empleador de la demandante y esa terminación se dio con ocasión de una comunicación que le fue remitida el 11 de septiembre del 2019 en dicha comunicación enviada por SISCOOP a*

mi poderdante esta expresa su voluntad y su decisión unilateral me refiero al empleador de culminar el vínculo laboral a partir 30 de septiembre del año 2018 (sic) es decir el despido se materializó el 30 de septiembre corrijó del año 2019 al terminar el contrato de trabajo y materializarse la decisión unilateral el 30 de septiembre del año 2019, pues no tiene absolutamente ninguna injerencia que con posterioridad esa fecha la cooperativa hubiere propuesto, hubiese presentado a mi poderdante la propuesta de ser trasladada a otra sede de la cooperativa porque es que la decisión ya se ve materializado ya el vínculo laboral había terminado, de tal suerte que cualquier actuación posterior al 30 de septiembre del 2019 pues no puede ser argumentada en este proceso y no puede ser entendida bajo ninguna circunstancia como que mi representada renunció o sea esa conclusión del despacho de primera instancia es absolutamente forzada o sea no existe en ningún momento ninguna prueba de la voluntad unilateral porque es que en eso consiste una renuncia es la voluntad unilateral del trabajador de culminar el vínculo esa voluntad unilateral no existe que le hubiesen ofertado un traslado después de materializar la terminación del contrato de trabajo pues en nada modifica ese hecho jurídico que ya será consolidado que es la terminación unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo el contrato de trabajo finalizó el 30 de septiembre del 2019 y no se argumentó por parte del empleador ninguna de las causales legales o justas establecidas en el artículo 61 y en el artículo 62 del código sustantivo del trabajo al no haberse alegado ninguna justa causa y tampoco estar probada pausa pues la conclusión a la que tenía que arribar es que el vínculo laboral finalizó sin justa causa y finalizar el vínculo sin justa causa en este caso particular si se fue eficaz y fue ineficaz porque como se encuentra suficientemente probado en el proceso mi poderdante gozaba con la estabilidad laboral reforzada por salud el despacho pues al partir de la premisa de que mi poderdante renunció a ningún documento al respecto ni ninguna manifestación sobre este asunto quería mantener vigente su contrato de trabajo pero ninguna norma la obligaba a trasladarse y menos le obligaba a aceptar un contrato después de que ya le habían terminado el anterior. Entonces no se puede concluir forzosamente que ella renunció, ella no renunció, ella ya quería seguir trabajando no ha podido volver a conseguir un trabajo desde esa fecha, es odontóloga y no puede utilizar sus manos para los procedimientos, 4 años han transcurrido y no ha podido prestar sus servicios en la profesión que tiene. El parágrafo del artículo 62 del código sustantivo del trabajo establece abro comillas la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción la causal o por de esa determinación. Posteriormente no puede alegarse válidamente causales o motivos distintos” el motivo que argumentó el empleador SISCOOP es que Coomeva perdió su habilitación para operar el departamento del Meta, pero eso no está contemplado como una justa causa en el código sustantivo el trabajo, entonces el vínculo finalizó sin justa causa y posteriormente no se podía decir entonces que ella renunció, que no quiso un traslado. Dice la parte que termina el contrato, la parte que terminó el contrato fue SISCOOP con la comunicación del 11 de septiembre del 2019 que se materializó el 30 de septiembre del 2019. En qué momento mi representada expresó su voluntad de reiniciar, nunca. Indicó que no quería laborar, nunca. Indicó unilateralmente que quería la finalización del vínculo en ese sentido pues la conclusión del a quo es bastante equivocada en cuanto a la unilateralidad y la causal de terminación del contrato. El contrato finalizó sin justa causa, habiendo terminado el contrato sin justa causa teniendo mi poderdante un diagnóstico -Síndrome del túnel carpiano- vigente al momento de la terminación, un diagnóstico que como está absolutamente demostrado conocía su empleador SISCOOP. Tan evidente es que lo conocía que con ocasión de ese diagnóstico y la recomendación es que le emitieron ella fue reubicada el 4 de septiembre el año 2018 entonces mi representada tenía ese diagnóstico, ese diagnóstico le derivó en la emisión de una recomendaciones médicas el 25 de agosto del 2018 por 3 meses, el 14 de diciembre del 2018 por 6 meses, están las pruebas en el expediente y la última el 6 de julio del 2019 por seis meses qué quiere decir eso que las últimas recomendaciones médicas terminaban el 6 de enero del 2020 O sea que cuando le terminaron el contrato el 30 de septiembre del 2019 tenía esas últimas recomendaciones médicas vigentes y aparte de todo tenía 10 sesiones de terapia física del 25 de octubre del 2018 esa recomendaciones eran tan trascendentales que derivaron en que ella fuera reubicada y fue reubicada desde el 4 de septiembre del 2018 hasta que terminó el contrato. Qué significa eso, que se encontraba en una situación que le impedía y dificultaba sustancialmente de actividades en condiciones actividades propias del cargo de odontólogo tuvo que ser reubicada en el área archivo estando reubicada con recomendaciones con terapias con el diagnostico le terminan el contrato claramente tenía fuero de salud en los términos del artículo 26 de la Ley 361 del 97, el empleador conocía y brilla por su ausencia cualquier prueba que acredite que solicitó la autorización previa al Ministerio de Trabajo y adicionalmente tenemos un dictamen en el expediente un dictamen de COLPENSIONES 4022035 del 13 de noviembre del 2020 que determina que mi poderdante tiene una pérdida de capacidad laboral del 24,49% es decir una pérdida de capacidad laboral moderada la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral protege a las personas con una pérdida laboral moderada, es decir, su contrato de trabajo no podía terminar sin justa causa y la única comunicación de terminación del contrato es la de SISCOOP el 11 de septiembre del 2019 esto porque es bastante la conclusión de que señora nunca renunció a su trabajo y no hay

prueba de que antes de que le comunicaran la terminación del contrato le hubiesen ofrecido alguna alternativa laboral en todo caso ella no estaba obligada a aceptar esa alternativa laboral. Imagínense ustedes como ya está probado en este caso ella hubiera aceptado el traslado y liquidan la cooperativa qué cantidad de obligaciones hubiese adquirido viviendo ella en Bogotá lo que ella lo que debió hacer la Cooperativa es mantenerla en el empleo acá en Villavicencio, de alguna manera o solicitar la autorización al Ministerio de trabajo porque la ley sanciona no solicitar esa autorización al Ministerio del Trabajo, la decisión no puede ser unilateral del empleador entonces con base en estas pruebas pues es claro que el contrato terminó sin justa causa y que el contrato terminó estando ella amparada por la garantía estabilidad laboral reforzada por salud, con ello la conclusión debió ser la ineficacia del despido, el reintegro de mi poderdante el pago de los salarios prestaciones y aporte a seguridad social y demás a creencias laborales dejadas de percibir. Esto en cuanto a la terminación del contrato y el fuero de salud. Hay un punto adicional objeto de apelación y es que el despacho bien impone la condena a la indemnización moratoria que trata el artículo 65 código sustantivo del trabajo y bien concluye que la demandada SISCOOP omitió su obligación de pagar las cesantías a mi poderdante omitió su obligación de hacer la consignación al fondo correspondiente desde el 15 de febrero del 2006, SISCOOP está en mora o estuvo en mora en la consignación de esas cesantías y el despacho no se pronunció frente a la pretensión de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 desde la ley 50 de 1990 fue solicitada como pretensión. De hecho pretensión principal y subsidiaria, en los dos o tres primeros niveles y el despacho no se pronunció pues tenía que haber impuesto también esa condena pues si concluye que la adeudan cesantías concluye que no hay lugar a declarar buena fe deudor pues esa condena claramente debió haber sido impuesta un día de salario por cada día retardo desde cuándo desde el 15 de febrero 2006 hasta que terminó el contrato cuando termina el contrato entonces ahí sí opera el artículo 65 y como en este caso SISCOOP no contestó la demanda, pues no hay lugar a aplicar prescripción, sí porque no es una excepción que de oficio pueda ser decretada por una autoridad judicial como lo establece si mal no estoy es el artículo 232 o 280 del Código General del Proceso, entonces esa condena también la debe aplicar el Tribunal porque ya se cumplió el presupuesto fáctico de que adeuda cesantías, no las consignaron, hay mala fe del deudor, pues allí se cumplen los presupuestos fácticos, Un ataque adicional los salarios que tuvo el despacho. Yo respeto mucho el análisis que hace el señor juez en cuanto a las prestaciones de cada periodo, pero el señor juez debe tener en cuenta algo muy importante y es que el emperador no estaba facultado para desmejorar unilateralmente las condiciones laborales de un trabajador, no hay prueba de que mi representada hubiere aceptado la reducción en su salario, por el contrario está probado que pactó por escrito que su salario iba hacer igual a \$1.600.000, ese salario de \$1.600.000 considera el despacho en el 2006 \$1'600.000 pero en el 2015 \$1'596.000, cuatro mil pesos menos pero debemos tener en cuenta que pasaron 8 años, pues el valor real de ese \$1.600.000 es mucha la diferencia al 2015 este salario sigue reduciéndose a pesar de que el IPC aumenta cada año (inaudible) asumiendo que es unilateral atacamos en que no hay ningún prueba de que hubiese existido el consentimiento de mi representada en esa reducción de su salario. Una cosa es el consentimiento, aceptar y emitir su voluntad y otra cosa es la resignación porque si es la única condición que se le impone y el empleador le dice que de un momento a otro aplica un salario diferente y menor, qué podía hacer mi poderdante para mantener su empleo, recuérdese que los empleadores están en un posición de superioridad frente al trabajador, los acuerdos de salario si ya está pactado por escrito, la reducción debe pactarse por escrito. Ahora bien, el despacho concluye que en el 2010 el salario era de \$2.700.000, entonces para la liquidación de acreencias laborales esa suma de \$2.700.000 (inaudible) como lo dije anteriormente las condiciones salariales no se puede modificar unilateralmente por el empleador, entonces por lo menos debió tenerse en cuenta la suma de \$2.700.000 entre el 2010 y el 2019, si así no lo hacen señores magistrados, sino se reconoce esa suma de \$2.700.000, entonces les pido que por lo menos tenga en cuenta la suma de \$1.600.000 indexada, que al final del contrato de trabajo significaría un incremento de 1.800 pesos y para el salario final al que tenía derecho mi representada. Si no se toman los \$2.700.000 por lo menos \$2.300.000 y si no se tomaran mínimo \$1.600.000 que fue lo que sí pacto mi representada, pero le tomas para el último año \$1.218.000 y con eso es que aquí la sanción moratoria con eso se liquida en sí la sanción moratoria principalmente, entonces termina un contrato 14 años después y el despacho considera que es viable que después de 14 años el salario de mi representada (inaudible). En tal virtud se debe modificar la parte resolutive de la sentencia. Vale la pena advertir que hay varios niveles de pretensiones, entonces, sí los honorables magistrados después de las precisiones que hemos hecho en donde a mi juicio y con base en los elementos probatorios se puede concluir fácilmente de que el contrato terminó sin justa causa estando con fuero de salud, pues debe aplicar reintegro y el reintegro implica el pago los salarios dejados de percibir hasta el efectivo reintegro, el pago de prestaciones, el pago de aportes a seguridad social incluso, otras acreencias como vacaciones. Entonces de tener en cuenta que aplica el reintegro entonces la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la ley 50 del 90 pues va hasta (inaudible) y el empleador paga hasta donde tiene que pagar, esa sanción moratoria si se ordena el reintegro iría hasta que se

haga efectivo el reintegro. Como el artículo 26 de la Ley 361 del 97 que si se termina contrato de trabajo a un trabajador con un fuero de salud este tiene derecho a una indemnización de 180 del salario como mi representada si tenía fuero de salud tiene derecho a indemnización, liquidada como lo he pedido previamente a los honorables magistrados. El despacho condena a intereses moratorios por \$2.646.000 alcance tomar nota más o menos esa suma pero no aplicó la sanción que prevé la normatividad vigente en cuanto a que cuando no se paga oportunamente los intereses de cesantías estos deben ser pagados en una suma doblada entonces esto nos daría esos \$2.646.000 como lo prevé la legislación vigente porque pues digamos que sí es un tema absolutamente claro, así lo establece el artículo 2.2.3.4 del Decreto 1032 del 2015 y 2.2 1.3.8 del mismo decreto, en concordancia con el artículo quinto del decreto 116 de 1976, entonces también debe ajustarse esa indemnización. Atacamos también que el a quo no considere que se cumplen los presupuestos o mejor considere que la enfermedad diagnosticada a mi poderdante síndrome del túnel carpiano es de origen común. Eso no tiene ningún acero fáctico ni jurídico, tampoco propio, la conclusión de la Junta Nacional y no se discute que el despacho tenía la facultad de elegir cualquiera de los dictámenes emitidos el que le generará una mayor convicción y fue por eso que en los alegatos de conclusión se analiza no solo el Decreto que establece la tabla de enfermedades laborales sino los testimonios nosotros escuchamos declaraciones de la señora Paola Andrea Salas, higienista oral que compartió puesto de trabajo con la demandante entre el 2005 y el 2019 y también Carolina Morales era odontóloga también en SISCOOP entre el 2009 y 2015 y también en el 2019 ellos dieron fe de cómo se desarrollaban las actividades propias de un odontólogo en el caso de la demandante, en todo tiempo utilizando sus manos, usando las herramientas, haciendo endodoncias, movimientos repetitivos, los utensilios generan vibración por regla general pues todos conocemos cómo es un consultorio odontológico y los elementos que utilizan los odontólogos para prestar sus servicios y qué movimientos hace, y si hacen esos movimientos para atender a 18 pacientes por día, por 14 años, claramente se puede concluir un nexo de causalidad entre el factor del riesgo y la enfermedad material y para ello les ruego analizar lo que le pedí al juez de instancia en relación con el Decreto número 1477 del 2014. Ese decreto honorables magistrados nos establece la escala de enfermedades laborales y allí en el anexo de ese decreto en la hoja número 57 menciona en el grupo 5 las enfermedades del sistema nervioso y dentro de esas está síndrome del túnel carpiano con código G56.0 allí se indica que los agentes etiológicos o los factores que ocupacional que generan esa enfermedad son la combinación de movimientos repetitivos con fuerza y/o con posturas forzadas de miembros superiores con alta demanda de tareas manuales o con herramientas de vibración todo eso se deja en el puesto de trabajo de la demandante movimiento repetitivos con fuerza para las endodoncias creo que se llama sacar los dientes, se requiere ejercer bastante fuerza con posturas forzadas los miembros superiores con alta demanda de tareas manuales claramente atendía 18 pacientes al día dijeron las testigo al menos dos procedimientos con cada uno y con herramientas de vibración, no conozco el nombre técnico de esa herramienta coloquialmente se conoce como la fresa que utiliza el odontólogo es una herramienta que genera vibración genera vibración y mientras tanto el movimiento repetitivo, según el nexo es evidente en ese mismo decreto el nexo que les estoy mencionando indica que en las actividades económicas en las que se desarrolla es ocupaciones y puestos de trabajos con tareas que demandan ejercer actividades manuales internas en frecuencia y/o fuerza pues trabajo de empacadores, mecánicos, músicos de cuerdas y persecución, costureras, ensambladora de línea, electricistas, pintores industriales, perforadores de piedra, odontólogos, el decreto dice que a los odontólogos les da síndrome del túnel carpiano y eso es una enfermedad laboral, entonces la conclusión de la Junta Nacional fue absolutamente arbitraria carece de total soporte, tuvo como base un análisis de puesto de trabajo que no le hicieron a la demandante y aparte un análisis que hicieron fue también cuando ella ya estaba en el área de archivo, obviamente si analizan que ella hace actividades de archivo pues no van a decir ay de las actividades de archivo le dio el síndrome de túnel carpiano, no, y la junta nacional omitió analizar que ella ejercía funciones de odontóloga funciones repetitivas de lunes a sábado, 18 pacientes al día por 14 años, entonces honorables magistrados el dictamen que a ustedes mayor convicción le debe dar es el dictar de la Junta Regional de Calificación de invalidez determina que el origen de esa enfermedad es laboral, también lo dijo así la EPS laboral y ahí están las pruebas, por lo que al ser ese accidente, esa enfermedad laboral pues entonces entremos a analizar los otros presupuestos del artículo 216 del código sustantivo del trabajo existe un daño del 24,44% calificado por Colpensiones el 13 de noviembre del 2020 existe culpa porque el empleador omitió todas sus obligaciones de protección y seguridad no tenía un sistema de gestión de seguridad social en el trabajo había exceso de carga laboral al atender 18 pacientes por día no promovió pausas al día y nunca entregó elementos de protección personal o muñequera que le amortiguara de cierta manera pudiera prevenir la enfermedad en las manos no tenía una matriz de riesgo no intervino en riesgo por más de 14 años nunca recibió inducción capacitación sobre cuidados de mano seguridad salud en el trabajo prevención de enfermedades laborales hay una culpa patronal no hay ningún eximente de responsabilidad, no muestra su diligencia por ningún lado plena al haber culpa patronal mi representada tiene derecho a una indemnización de perjuicios lucro cesante

consolidad de futuro daños morales el sufrimiento de tener que someterse a cirugías para tratar esa enfermedad, la tristeza de no poder ejercer más su profesión, y perjuicios en la vida relación por todas las actividades satisfactorias que haya realizado y que aún podría estar realizando con sus manos pero por la falta de fuerza derivada de la enfermedad no puede desarrollar debe dar lugar a la indemnización plena de perjuicios perdón. En cuanto a la solidaridad de Coomeva pues por supuesto que atacamos esta conclusión del despacho relativa a que no hay solidaridad de Coomeva el artículo 34 del código sustantivo del trabajo me relevo de volverlo a citar porque lo hice en los alegatos y el señor juez muy juicioso lo hizo también, pero indica básicamente que el beneficiario el trabajo entonces primer ser beneficiario del trabajo o dueño de la obra segundo elemento a menos que se trate de labores extrañas a las normales de su empresa o negocio Entonces el segundo elemento es que no sea una actividad extraña o sea que sea una actividad relacionada o complementarias a las normales de la empresa o negocio si se cumplen esos dos presupuestos el beneficiario el servicio que en este caso es Coomeva solidaria será responsable con el contratista que en este caso en la cooperativa de trabajo asociado por el valor de salario de prestaciones y de las indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores yo insisto en que sea una interpretación errada frente al objeto social de Coomeva EPS. El objeto social de Coomeva es el siguiente perdón régimen contributivo la afiliación registro y carnetización de los afiliados el recaudo de las cotizaciones la administración del riesgo y la salud y garantía de la prestación del plan obligatorio de salud. Coomeva tiene dentro de su obligación garantizar dentro de su objeto social garantizar la prestación del plan obligatorio de salud ojo con eso en el interrogatorio de parte el representante legal de Coomeva confesó varias cosas que deben llevar a concluir que se cumplen los presupuestos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Confesó que existía una relación de prestación de servicios entre SISCOOP y Coomeva que dentro de ese objeto y estaba la prestación de servicios odontológicos o sea en la relación existente entre las empresas el beneficiario del servicio Coomeva contrató al contratista independiente para que a través de su personal prestará servicios odontológicos porque Coomeva debía garantizar el plan obligatorio en salud el confesó el representante legal que en el plano obligatorio de salud se incluyen servicios odontológicos y vimos que dentro del objeto social está garantizar la sanción del plan obligatorio de salud y en ese plan obligatorio de salud incluye servicios odontológicos y conclusión Coomeva cumple con su objeto social es que es una entidad extraña que lo pueda hacer indirectamente pero sujeto social está garantizar cómo lo garantiza lo puede hacer indirectamente es algo distinto pero su objeto social esta garantizar como lo garantiza lo puede hacer directamente o indirectamente para cumplir con el objeto Social, es garantizar la prestación del plan obligatorio en salud necesariamente tenía que prestar servicios del plan obligatorio de salud garantizar que se prestaran y cómo lo garantizo en este caso con la CTA SISCOOP, de ese servicio es inherente es normal es afín está relacionado íntimamente con el objeto social de Coomeva confesó servicios que prestaban afiliados de Coomeva los afiliados y servicio a través de sus afiliados confesó que estos servicios se prestaban únicamente a los afiliados de Coomeva o sea, COOMEVA si fue la beneficiaria de ese servicio a través de sus afiliados, confesó que entre el 2005 y 2019 estaban vigentes esos contratos es decir por todo el periodo en el que mi representada prestó sus servicios tan evidente era la acción entre la necesidad de ese servicio por parte de Coomeva y la prestación del servicio por mi representada que apenas Coomeva dejó de necesitar el servicio porque le levantaron la habilitación que tenía en el departamento del Meta terminó el contrato de trabajo de mi representante hay una conexión irrompible entre el cumplimiento de sujeto social y quiénes la presentaba prestar a sus servicios como odontóloga a los aliados de Coomeva. La Ley 100 del 93 dice abro comillas dentro de la definición de las EPS su función básica será organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados esa es su función básica garantizar en este caso indirectamente la prestación del plan de salud obligatorio a sus afiliados cómo lo garantizó en lo que tiene que ver con odontología en el departamento del Meta a través del contrato que firmó con SISCOOP mi representada prestó ese servicio inherente de odontología que hacía parte del plan obligatorio en salud, la solidaridad es innegable, no es una actividad extraña, extraño sería contratar no sé un servicio de vigilancia un servicio de aseo pero el odontólogo que presta el servicio del plan obligatorio de salud que garantizar que se cumpla eso es afín con el objeto social de Coomeva EPS es a fin la ley dice lo puede hacer directa o indirectamente que exista la Facultad de hacerlo indirectamente no significa que deje de ser una actividad afín sigue teniendo la obligación de garantizar ese servicio sigue existiendo la obligación de garantizar el servicio por lo que debe trasladarse también la condena a la EPS Coomeva. Sobre este punto este vale la pena traer a colación una sentencia la SL48 el 2020 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema por qué existe la solidaridad del contratista del beneficiario del servicio con el contratista independiente, la Corte nos responde abro comillas el objeto de dicha figura se reitera es el de evitar el fraude a los trabajadores y a sus derechos mediante la constitución de empleadores con menos capacidad económica o con negligencia actual que impida la realización de las acreencias laborales de aquellos como lo explicó la sala CSJ SL el 26 de septiembre del 2000 radicación 14038 CSJ SL el primero de marzo del 2010 radicación 35864

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que entre la demandante y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIOS INTEGRALES EN SALUD – SISCOOP CTA existió un contrato de trabajo entre el 1 de julio de 2005 y el 30 de septiembre de 2019, en virtud del cual se desempeñó en el cargo de *odontóloga general* en la ciudad de Villavicencio – Meta, para atender pacientes de COOMEVA E.P.S.; (ii) que durante la vigencia del contrato de trabajo, SISCOOP no pagó a la demandante prestaciones sociales y vacaciones; (iii) que entre SISCOOP C.T.A. y COOMEVA E.P.S. se suscribieron varios contratos de prestación de servicios entre 2005 y 2019, en virtud de los cuales SISCOOP se obligó a prestar servicios de salud en odontología a los afiliados de esa EPS; (iv) que la demandante se encuentra diagnosticada con *síndrome del túnel del carpo bilateral* y con ocasión de las recomendaciones médicas que le fueron emitidas, la Cooperativa de Trabajo le asignó nuevas funciones; (v) que mediante dictamen No. 10300 del 30 de julio de 2019, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta determinó que el *síndrome del túnel del carpo bilateral* padecido por la demandante es de origen laboral (folios 223 a 225, archivo 01, primera instancia), decisión que fue modificada por la Junta Nacional de Calificación mediante dictamen No.

entre otras donde sostuvo el legislador con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas como vehículo que le sirva para evadir las obligaciones sociales y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia como en este caso vemos a SISCOOP cayó en insolvencia y entonces defrauda los derechos de sus trabajadores. Continúo con la cita o carecen de la responsabilidad necesaria sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es caso alguno el sujeto patronal estableció expresamente a favor exclusivo de los trabajadores la responsabilidad solidaria del contratista y el beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones que puedan tener derecho sin perjuicio que el beneficiario estipule con el contratista las cantidades del caso o repita con él lo pagado con él lo de los trabajadores para dar aplicación al artículo 34 del código sustantivo del trabajo debe agotarse un análisis eminentemente fáctico y debe comenzar por verificar que corresponde primordialmente a la existencia de una relación laboral entre el trabajador que presta su servicio y el contratista independiente 2) el vínculo comercial entre el contratista independiente y la persona natural o jurídica y 3) relación de causalidad entre los dos vínculos o contrato suscitados con anterioridad (interrupción). Simplemente para concluir que por lo expuesto debe declararse la responsabilidad solidaria de Coomeva y teniendo en cuenta que sí tiene una relación directa el servicio que prestaba mi poderdante con el objeto social de ella y adicionalmente está probado que mi poderdante por todo el período que estuvo vinculada a través de la Cooperativa el beneficiario del servicio fue Coomeva a través de sus usuarios así las cosas ruego a los honorables magistrados revocar la decisión en lo que fue solicitado e imponer las condenas a que hay lugar con base en el orden establecido en la demanda y pretensiones principales y pretensiones subsidiarias en el evento en que se considere que no hay lugar al reintegro entonces imponer la condena de la indemnización por despido sin que establece el artículo 64 del código sustantivo del trabajo y la condena de la indemnización moratoria en el evento en el que no apliqué el reintegro”

51875043-3858 del 13 de febrero de 2020, en el que estableció que dicho diagnóstico es de origen común (ibídem folios 269 a 275).

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si el contrato de trabajo terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador; (ii) cuál fue el salario causado por la demandante entre los años 2008 y 2019; (iii) si procede el reajuste o la indexación del salario; (iv) si la demandante tiene derecho a la estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997 y si procede el reintegro con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social y la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. De no ser ello así, si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa; (v) si hay lugar a ordenar el pago de las sanciones por no consignación de las cesantías y por no pago oportuno de intereses a las cesantías; (vi) si se demostró el derecho a recibir la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal; (vii) si procede la solidaridad con COOMEVA E.P.S.

I) TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: Para resolver esta cuestión, el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define, en forma taxativa, los *hechos o conductas* de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización.

Dispone además la norma que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la terminación, los *hechos o conductas* concretos que son motivo de su decisión, sin que se puedan alegar con posterioridad causas distintas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa del trabajador a quien se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan expuesto en la carta de despido podrá ejercer tales derechos en el proceso judicial. La calificación de las conductas aducidas para definir si se enmarcan o no en una de las causas señaladas en la Ley, le corresponde al juez.

Con este referente normativo y revisado el expediente, encuentra la Sala que la decisión de poner fin a la relación laboral provino de SISCOOP CTA y no de la demandante, es decir, no se trató de una renuncia como lo expuso el juez de primera instancia sino de una terminación unilateral por parte del empleador. Además resulta claro que las razones que invocó la Cooperativa demandada para dar por terminado el contrato de trabajo no están previstas

como *causa objetiva* de terminación del contrato de trabajo (artículo 62 del CST) ni como *justa causa* de despido de acuerdo con las previsiones del 62 *Ibidem*.

No sobra advertir que en el caso presente se declaró la existencia de un *contrato de trabajo* en la sentencia apelada, decisión sobre la cual las demandadas no presentaron apelación, lo que impide estudiar o aplicar las reglas legales que regulan a las relación de trabajo asociado.

Sobre el despido, reposa la *circular interna informativa* del 11 de septiembre de 2019, dirigida a los “Cooperados de la Cooperativa de Trabajo Asociado SISCOOP CTA” del departamento del Meta, en la que se les informa: “*debido a la decisión tomada por parte de la Superintendencia de Salud dentro de la Resolución No. 3796 del 3 de abril de 2019, en la cual dio la orden de retirar la habilitación para la prestación del servicio de COOMEVA E.P.S. en el departamento del Meta y que a causa de esto, nuestra entidad se ve afectada en dicha zona del país, toda vez que el contrato suscrito por SISICOOP CTA (sic) y COOMEVA E.P.S. es el único que tiene la cooperativa en el departamento del Meta que le brinda sostenibilidad económica y financiera, capacidad en la prestación del servicio y permanencia en el funcionamiento y que está supeditado a la habilitación de la EPS y a la existencia del contrato por Capitación. Por lo tanto y en consecuencia de la orden emitida por la Supersalud se decide cesar actividades de manera permanente cerrando la sede y cancelando los puestos de trabajo en el departamento del Meta el día 30 de septiembre del año en curso*” (folios 136 y 137, archivo 01 primera instancia).

Conforme a dicho documento es claro que lo que motivó la terminación del contrato fue la supresión de su puesto de trabajo con ocasión a la terminación del contrato de prestación de servicios que tenía suscrito la CTA con COOMEVA E.P.S., que era el único que le permitía seguir a esa Cooperativa en funcionamiento en el departamento del Meta donde la trabajadora prestaba sus servicios, y no la negativa a ser trasladada a la ciudad de Bogotá como quedó dicho en la sentencia de primera instancia, porque esa circunstancia no se alegó al momento de terminarse el contrato. El motivo de la terminación también encuentra soporte en la confesión ficta que aplicó el juez de primer grado respecto del hecho cuadragésimo primero de la demanda (folio 8, archivo 01 primera instancia) dada la inasistencia del representante legal de la

Cooperativa a absolver el interrogatorio de parte, en la audiencia celebrada el 18 de mayo de 2023 (archivo 36, primera instancia).

Las situaciones descritas, como se dijo, no se prevén como una justa legal o causa y por ello el despido es injusto, razón por la cual procede el pago de la indemnización correspondiente que más adelante se tasará.

II) SALARIO: El artículo 127 del CST dispone que todo pago que reciba el trabajador del empleador *para retribuir directamente sus servicios sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones*, es salario. En consecuencia, cuando el trabajador demuestra pagos efectuados por el empleador y que estos se hicieron para *retribuir* el servicio, el juez debe declarar que tienen naturaleza salarial.

Con estos criterios y revisadas las pruebas aportadas al expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto, pues el monto del salario que tomó el juez para liquidar las prestaciones y demás acreencias causadas en vigencia de la relación laboral que existió entre las partes, fue el valor que se probó entregado por la demandada como retribución del servicio con la prueba documental aportada al expediente.

Contrario a lo que se alega en el recurso, no se demostró por quien tenía la carga (la demandante, artículo 167 del C.S.T.) que la remuneración anual durante toda la vigencia del vínculo laboral correspondió al salario inicialmente convenido (\$1.600.000, folio 145 del archivo 01, primera instancia) o uno mayor. En contraposición a ello, se probó que éste tuvo fluctuaciones: en algunos años pudo ser o no mayor al año anterior (ver comprobantes de pago de *compensaciones*² y certificaciones laborales³).

Aunque en el recurso se asegura que en manera alguna podían fijarse por el juez valores inferiores al inicialmente pactado o considerarse montos menores

² Folios 308 a 388, archivo 01 primera instancia.

³ Del 4 de noviembre de 2010 (f. 150) del 9 de julio de 2015 (f. 159), 2 de noviembre de 2016 (f. 161), 13 de julio de 2017 (f.164) 25 de julio de 2019 (f.252 en esta certificación el salario se advierte mucho menor (1200)- 27 de septiembre de 2019 (folio 253), 4 de septiembre de 2019 (dice 1 de julio de 2005 a 30 de septiembre de 2011 f. 389) y de la misma fecha (390) dice que del 1 de abril de 2012 al 30 de septiembre de 2019 (archivo 01, primera instancia).

a los devengados en anualidades anteriores porque entre las partes nunca se acordó reducir el salario y no era válido ni razonable que ello ocurriera, lo cierto es que las partes bien pueden disminuir el salario inicialmente pactado siempre que no se afecte el mínimo legal -que aquí no ocurrió-. La falta de reclamo del trabajador ante pagos inferiores que ofreció la demandada equivale a una aceptación tácita de la nueva estipulación, en otros términos, cualquier modificación del salario se debe tener como aceptada por él siempre que no haya reclamado oportunamente⁴ y en este proceso no hay ningún elemento de convicción que de cuenta que la demandante se hubiera opuesto o manifestado oposición a la remuneración que anualmente le era cancelada.

III) INDEXACIÓN DEL SALARIO Y/O REAJUSTE SALARIAL: En relación con la actualización del salario no existe norma legal que obligue al empleador a reajustar o incrementar anualmente la remuneración de un trabajador vinculado mediante contrato de trabajo cuando este supera el mínimo legal mensual vigente y en el caso presente no se probó que existiera un acuerdo individual o colectivo de incrementos mínimos anuales.

No sobra señalar que las solicitudes de ajuste al salario pactado en ausencia de una norma que lo imponga no forman parte de conflicto de orden jurídico sino de un conflicto económico o de interés del cual no se está conociendo en este expediente (artículo 3 del C.P.T y la S.S.). Sobre esta materia se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias del 13 de marzo de 2001 radicado 15046, 27 de enero de 2009, radicado 33420; 10 de febrero de 2009 radicado 33825, 16 de marzo de 2010, radicado 36894; 1 de febrero de 2011, radicado 38947, SL427 de 2013; SL3933 de 2014; SL7384 de 2014; CSJ SL18004 de 2017 y SL4260-2020. Dice la Corte, lo atinente a la actualización del salario debe ser “*objeto de acuerdo entre las partes vinculadas en la relación laboral, individual o colectivamente consideradas*”⁵, y por lo tanto “*no es el juez laboral, mediante*

⁴ Sobre la aceptación tácita por parte del trabajador de las modificaciones en el salario se puede consultar la sentencia del 16 de abril de 1982, radicado 283982 de la Corte Suprema de Justicia.

⁵ En sentencia del 13 de marzo de 2001, radicación 15.406, reiterada en sentencias de 14 de febrero de 2007 y 20 de mayo de 2008 dijo la Corte: “(...) salvo casos que constituyen excepción, en verdad la estructura general del régimen salarial del sector privado en el derecho del trabajo colombiano está montada sobre el postulado de que son las partes – individual o colectivamente consideradas- unidas en el nexo jurídico laboral, o el legislador cuando así lo dispone en forma expresa, las únicas que en principio tienen la potestad de convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas de trabajo o fallos arbitrales, como lo dispone claramente el artículo 132 del CST, subrogado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990.

el trámite de un proceso ordinario, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta el salario de los trabajadores, a pesar de que el IPC en dicho lapso haya aumentado. Y no puede hacerlo este funcionario judicial porque no existe ley que lo obligue o lo faculte a ello, excepto si del salario mínimo se trata” (Sentencia del 5 de noviembre de 1999, radicación 12.213, reiterada en la SL-1072 de 2021)⁶.

“Así, desde el año de 1948 se estableció el derecho al salario mínimo representado en el sueldo límite a que tiene derecho el trabajador para subvenir a sus necesidades y a las de su familia, por debajo del cual no es lícito estipular una remuneración entre las partes. El análisis sistemático del código sustantivo del trabajo, conduce inexorablemente a inferir que salvo casos especiales expresamente regulados por la ley o deducidos por la jurisprudencia en aplicación de principios legales, no existe precepto alguno que estatuya el derecho al aumento automático del salario de los trabajadores, que no devengan el salario mínimo, o el salario mínimo integral, con base en el costo de vida”

⁶ *“(…) Pese a lo hasta aquí dicho, a propósito del tema planteado, es importante afirmar que no puede desconocerse que el aumento del índice de inflación que sufre el país en un determinado período, eventualmente justificaría el alza de los salarios de los trabajadores, porque es natural que con el salario recibido en una época se obtendrá una gama de productos, que no van a poder adquirirse si se continúa en un período de tiempo recibiendo la misma remuneración, dada el alza permanente de lo que se ha denominado la canasta familiar. Y con mayor razón, frente a la evidencia de que primero se presta el servicio y luego se recibe su pago, salario o remuneración. De ahí que sea muy difícil mantener el poder adquisitivo del salario, cuando lo cierto es que día a día va perdiendo su valor real, se desvaloriza casi que permanentemente y ahora, como sucede, frente a la mayoría de los precios de los productos que no son controlados.*

“No obstante la realidad de lo afirmado, no es el juez laboral, mediante el trámite de un proceso ordinario, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta el salario de los trabajadores, a pesar de que el IPC en dicho lapso haya aumentado. Y no puede hacerlo este funcionario judicial porque no existe ley que lo obligue o lo faculte a ello, excepto si del salario mínimo se trata.

“En efecto, no existe en la legislación laboral norma que así se lo permita y, como lo destacara el fallador de segundo grado, la Constitución Política en su artículo 53, en relación con la remuneración mínima vital y móvil, trasladó a la ley la regulación de, entre otros, dicho principio. Además el propio Ordenamiento Superior en el artículo 230 fue el que le impuso a los jueces la obligación de, en sus providencias, estar sometidos al imperio de la ley.

“Lo ideal, cuando se persigue un aumento salarial, sin que se trate del mínimo, con base en el Índice de Precios al Consumidor, es que empleador y trabajadores se reúnan y a través de la discusión, en que cada una de las partes exponga sus razones, se negocie o se concerte, para que finalmente ello se logre, obviamente sin la presencia del juez, porque aquí no se trata de un conflicto de orden jurídico, de los que prevé el artículo 1º de la Ley 362 de 1997 que modificó el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, sino uno de carácter económico excluido expresamente del conocimiento de la jurisdicción laboral por el artículo 3º ibidem.

“Situación diferente sería si existiera una disposición convencional o por laudo, etc., a través de la cual la empresa estuviera obligada a aumentar el salario de los trabajadores cada año con fundamento en el IPC; o que en tratándose de un salario mínimo devengado por un trabajador el empleador se negara a aumentarlo en la proporción fijada por la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (Ley 278 de 1996 artículos 1º, 2º literal d)) o por el Gobierno Nacional; destacándose que en este último caso en el aumento del salario mínimo que se hace el 30 de diciembre de cada año no solo prima como factor a tener en cuenta el IPC, sino otros tales como “la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto, PIB...”, tal como lo establece el parágrafo del artículo 8º de la Ley 278 de 1996.

“Lógicamente que cuando se fija el salario mínimo se modifican automáticamente los contratos de trabajo en que se haya estipulado un salario inferior (art. .S.T.) y, frente al supuesto de que la empleadora se niegue a aumentarlo en la proporción determinada, se repite, corresponderá al juez laboral hacerlo si se lo proponen a través de una demanda”

Se confirmará entonces, en este punto, la decisión de primera instancia.

IV) ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA: Para resolver este aspecto de la apelación, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie una autorización de la oficina del Trabajo.

La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago, a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar. Sin embargo, al estudiar la norma referida, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo, carece de efecto jurídico y en consecuencia también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la Ley 361 no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para trabajar y son despidos por dicha causa⁷.

A su vez la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la jurisprudencia nacional interpretando las normas legales vigentes frente a casos concretos, ha entendido que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que han sufrido una reducción en su capacidad laboral considerable frente a las funciones asignadas⁸, o aquellas que por otras razones se encuentren en un

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸ SL 10538 de 2016. M.P. Fernando Castillo Cadena “*Con las precisiones que anteceden, el Tribunal sí incurrió en los desaciertos fácticos y jurídicos que le endilga el censor, al exigirle a la demandada la autorización del Ministerio del Trabajo para poder despedir a la demandante, sin que existiera certeza de la limitación o discapacidad en el porcentaje que se exige para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues el «stress laboral» que padecía la actora y la solicitud de reubicación laboral que se le formuló al empleador, no son suficientes para considerarla como una trabajadora con limitación física, psíquica o sensorial en los grados a que se refiere la norma en cita, máxime que en el sub judice, como lo destacó el mismo Juzgador de la apelación, la demandante no fue incapacitada, ni se le diagnosticó médicamente discapacidad alguna para el momento de su desvinculación*”.

estado de debilidad manifiesta. Dispuso así la Corte Suprema de Justicia unos parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuáles personas son objeto de la protección especial de la Ley, asumiendo que no toda afectación en la salud del trabajador ni toda limitación de su capacidad de trabajo generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral, que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

En este orden de ideas, para otorgar la protección que asigna la referida Ley a un caso concreto el juez debe tener certeza sobre una discapacidad relevante del trabajador para cumplir las funciones asignadas en el contrato de trabajo o de una situación de debilidad para el momento del despido, y debe tener certeza de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen o causa en dicha incapacidad o debilidad.

Sobre esto último la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1152-2023 señaló: *“Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997”*.

Con estas reglas normativas y de interpretación, y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto estableció que la demandante no era beneficiaria de la estabilidad reclamada, pues si bien se acreditó que su situación de salud implicaba una limitación o restricción para el cumplimiento de sus funciones como odontóloga en condiciones regulares, se demostró que su situación de salud no fue la causa real y *eficiente* de la finalización de la relación laboral, la causa fue otra, y se probó que para el momento en que finalizó el contrato la demandante estaba reubicada y las tareas asignadas las podía desarrollar con normalidad.

Al respecto y de acuerdo con la historia clínica que fue aportada a las diligencias, desde el año 2016 la demandante padece de *síndrome de túnel del carpo bilateral* -con predominio en el brazo izquierdo- (folios 162-163, 170, 185 a 188, 201 a 206, 232 a 238, 265 a 267, 284 a 285, 411 a 414, archivo 01 primera instancia), patología por la que en agosto de 2018 su médico tratante expidió como recomendación laboral la de *“evitar actividades propias del oficio*

que generen movimientos repetitivos o que requieran la manipulación de herramientas de flexo extensión de muñecas en forma continua, al cabo de este periodo suspender esa actividad y alternarla con otra que no implique esta exigencia” (folio 198, archivo 01). Aunque estas recomendaciones fueron inicialmente por el término de 3 meses, las mismas se prorrogaron por periodos de 6 meses. La última estaba vigente al momento de la terminación del contrato de trabajo -vencía en diciembre de 2019- (folios 166 y 217 a 218, archivo 01 primera instancia).

Por ello, mediante comunicación del 30 de agosto de 2018, la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicios Integrales de Salud – SERVICOOPT CTA le informó a la demandante que teniendo sus nuevas funciones serían: *“apertura de historia clínica en Ciklos, control de placa bacteriana, aplicación tópica de flúor y aplicación de sellantes de foto curado, entrega y explicación detallada de los consentimientos informados al usuario, valoración de los usuarios que asisten a las consultas no programadas o de urgencias, definir plan de manejo y aquellos a los cuales hay que realizares algún tipo de procedimientos ser direccionados con otra Profesional en su horario de consulta”* (ibídem. folio 165). Estas funciones no requerían de movimientos repetitivos, podía ejecutarlas sin inconveniente y se mantuvieron hasta la finalización del vínculo según consta en la carta de compromiso de folio 219 (ibíd), y lo aceptó la demandante en el interrogatorio⁹ y lo manifestaron las testigos PAOLA ANDREA SALAS CARDONA¹⁰ y CAROLINA MORALES DÍAZ¹¹ quienes fueron compañeras de trabajo de NOHORA ANGÉLICA RODRÍGUEZ YEPES.

Todas estas declaraciones -incluidas la de la actora- fueron contestes en indicar que como consecuencia de las recomendaciones médicas que le fueron expedidas la demandante no pudo ejercer normalmente su profesión como odontóloga, pero que fue reubicada, y realizaba funciones principalmente de archivo, actividad en la que se encontraba desde aproximadamente un año antes de que se terminara el contrato de trabajo.

Está acreditado además que la Cooperativa demandada atendió las restricciones médico-laborales y recordó a la demandante *la importancia de acatar las restricciones y recomendaciones* (folio 219, archivo 01, primera instancia), de hecho, atendiendo precisamente su estado de salud, la

⁹ Audiencia del 18 de mayo de 2023, récord 30:00, archivo 36 primera instancia.

¹⁰ Ibídem. Récord 1:04:20,

¹¹ Ibíd, récord 2:11:26

Cooperativa demandada le ofreció reubicarla a la sede de Bogotá, ofrecimiento que según confesó la misma demandante, no aceptó. Dice la Corte en la sentencia antes referida (SL1152-2023): “*Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. (...)*”, que es lo que precisamente se deduce de los elementos de convicción que fueron acopiados en el plenario.

Los hechos anteriores resultan cuando menos indiciarios de que no hubo una relación causa efecto entre la situación de salud de la demandante y la terminación del contrato de trabajo.

De esta manera, la patología diagnosticada y las recomendaciones médicas dadas por la EPS resultan insuficientes para otorgar la protección constitucional que se reclama, porque no son evidencia de una reducción de su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones que venía desempeñado -archivo-. La pérdida de capacidad laboral de la demandante fue calificada por COLPENSIONES el 4 de noviembre de 2020 en un 24,49% con fecha de estructuración 27 de octubre de 2020 (folios 397 a 401, archivo 01) fecha muy posterior a la finalización del contrato de trabajo -30 de septiembre-, dictamen que a la fecha de presentación de la demanda se encontraba pendiente de ser remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por la inconformidad propuesta por la actora. Se desconoce a la fecha, los resultados de dicho trámite.

Pero de todas maneras y fundamentalmente, quedó probado en el expediente que la *causa real* y eficiente de la finalización del contrato de trabajo fue la cesación de actividades de manera permanente de SISCOOP en la sede de Villavicencio – Meta (donde trabajaba la demandante) y la supresión de *los puestos de trabajo*, ante la revocatoria de la autorización de funcionamiento de COOMEVA E.P.S. -único cliente de la Cooperativa- para el departamento del Meta, la cual fue ordenada por la Superintendencia de Salud mediante Resolución No. 007793 del 14 de agosto de 2019 (folio 133 y 136 a 137, archivo 01 primera instancia).

De hecho, y de acuerdo con el dicho de la misma demandante, después de la terminación del contrato, SISCOOP no siguió prestando servicios en el departamento del Meta.

Como de las pruebas aportadas no se deduce que el despido tuviera como causa el estado de salud de la demandante ni ésta tenía una reducción en su capacidad laboral que afectara o limitara el cumplimiento de las funciones asignadas, aun cuando el contrato hubiera terminado por decisión unilateral del empleador no procede el reintegro pretendido ni el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ante la improcedencia de la pretensión principal, pasa la Sala al estudio de la pretensión subsidiaria de *primer nivel*:

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA: Para resolver lo que en derecho corresponde, el artículo 64¹² del Código Sustantivo de Trabajo dispone que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria

¹² “ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 6o. de la Ley 50 de 1990, exceptuando el párrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.”

tácita *con indemnización de perjuicios* por el incumplimiento de las obligaciones que a cada una de las partes corresponden, y tasa el valor de la indemnización por tales perjuicios según la modalidad del contrato que se esté ejecutando (término fijo, indefinido u obra o labor contratada). Para casos como el presente, la indemnización se tasa en el valor de 30 salarios diarios por el primer año de servicio o menos, y 20 días adicionales por cada año continuo subsiguiente y proporcionalmente por fracción de año.

Conforme a ello, y teniendo en cuenta los límites temporales del contrato de trabajo -1 de julio de 2005 al 30 de septiembre de 2019-, y que el último salario promedio devengado por el accionante fue de 2019 \$1.218.822, se ordenará el pago a título de indemnización por despido sin justa causa, de la suma de \$11.982.826, monto por el que se proferirá la condena.

V) INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS Y SANCIÓN POR NO PAGO DE INTERESES A LAS CESANTIAS. Declarada la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos la consignación del auxilio de cesantías a un fondo. En caso de que tal derecho sea desconocido por el empleador, éste deberá reconocer al trabajador, a título de indemnización o sanción moratoria (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías.

No obstante, dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable, pues la demora o la omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, y esta situación se deriva del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas, de no estar obligado al pago de lo adeudado, o de situaciones sobrevinientes que le hagan imposible cumplir las obligaciones, circunstancias que deben estar demostradas en el expediente. Ha dicho la Corte al respecto: *“la sanción (...) no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe”¹¹.*

Ninguna de estas circunstancias se demostró en el expediente.

No es una razón *plausible* para negar la consignación de las cesantías celebración de un acuerdo cooperativo de trabajo, pues en materia laboral prima la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política) y al trabajador le está vedado, por mandato constitucional, renunciar a los derechos que puedan surgir de esa realidad.

Por lo anterior, se adicionará la sentencia de primer grado para condenar a la CTA demandada a pagar como indemnización por no consignación de las cesantías de las anualidades 2005 a 2018, la suma de \$280.392.384.

OPERACIONES ARITMÉTICAS:

Fecha Inicio 15/02/2006
Fecha Final 30/09/2019

Año	Salario	Días	Subtotal
2005	\$ 1.600.000	365	\$ 19.466.667
2006	\$ 1.600.000	365	\$ 19.466.667
2007	\$ 1.600.000	365	\$ 19.466.667
2008	\$ 1.600.000	365	\$ 19.466.667
2009	\$ 1.600.000	365	\$ 19.466.667
2010	\$ 2.700.000	365	\$ 32.850.000
2011	\$ 2.000.000	365	\$ 24.333.333
2012	\$ 1.600.000	365	\$ 19.466.667
2013	\$ 1.596.019	365	\$ 19.418.231
2014	\$ 1.600.000	365	\$ 19.466.667
2015	\$ 1.517.536	365	\$ 18.463.355
2016	\$ 1.600.000	365	\$ 19.466.667
2017	\$ 1.671.048	365	\$ 20.331.084
2018	\$ 1.218.822	228	\$ 9.263.047
TOTAL			\$ 280.392.384

Por otra parte, el numeral 3º del artículo primero de la Ley 52 de 1975 prevé que si el empleador no paga al trabajador los intereses moratorios deberá cancelar a título de indemnización un valor adicional igual al de los intereses causados.

Bajo ese entendido, y como no se acreditó el pago de intereses a las cesantías en vigencia de la relación laboral, se adicionará la sentencia apelada para disponer el pago como indemnización de una suma igual a la ordenada por intereses a las cesantías, esto es, \$2.646.480.

VI) CULPA PATRONAL. Para resolver sobre el pago de perjuicios por culpa patronal, el artículo 216 del CST dispone, para los empleadores sobre quien se demuestre con suficiencia la existencia de culpa en la ocurrencia de accidentes o enfermedades profesionales de los cuales se deriven secuelas, la obligación de pagar la indemnización total y ordinaria de los perjuicios que pueda sufrir el trabajador.

Con esta norma se pretende de los empleadores la ejecución de acciones concretas y suficientes para la prevención de riesgos laborales, sancionando las omisiones comprobadas del empleador con el pago de la indemnización de *todos* los daños que pudiera haber sufrido el trabajador.

Para decidir judicialmente sobre esta responsabilidad en el empleador, se debe demostrar en el proceso la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, y se deben señalar en la demanda cuáles fueron las acciones o las omisiones concretas y específicas del empleador que generaron el accidente o en la enfermedad que causó los perjuicios, pues si bien la carga de probar la *diligencia* debida la tiene el empleador, ésta solo se puede ejercer adecuada y válidamente en el proceso cuando se han indicado concretamente las faltas que se estiman cometidas. En dado caso el debate se centrará en la ocurrencia o no de dichas faltas u omisiones.

Con estos criterios y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará también la decisión de primera instancia que negó la indemnización plena de perjuicios reclamada en la demanda, pues no se demostró en el expediente la ocurrencia de una *enfermedad laboral* en la demandante. Menos se pudieron -entonces- indicar omisiones o faltas concretas del empleador a sus obligaciones de prevención de riesgos.

Frente a este asunto el dictamen realizado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez señala que la enfermedad padecida por la demandante “*síndrome de túnel del carpo bilateral*” es de origen común.

En dicha experticia se consignó que: “*se trata de una mujer de 52 años, zurda, laboró como odontóloga en la empresa Servicios Integrales en Salud – CTA desde el día 1/07/2005 hasta el día 30/09/2019, desempleada en la actualidad, quien presenta cuadro de dolor crónico y parestesis en mano izquierda desde hace cerca de tres años, en electromiografía NC de miembros superiores (09/03/2018) síndrome de túnel del carpo moderado izquierdo y leve derecho,*

*manejado conservadoramente sin mejoría. En control por cirugía de mano (25/10/2018) descarta manejo quirúrgico y considera control por Fisiatría. Visto en con quiste ganglionar (sic) manejo conservador. En su trabajo ingresaba a las 7:00 am hasta 1:00 pm, un paciente cada 20 min más urgencias, con cada paciente apertura de historia, procedimientos de primer nivel como endodoncia, operatoria y cirugía, uso de pieza de mano de alta, 4 a 5 cirugías (exodoncias) por semana, endodoncias 2 a 3 por día y operatoria, en las tardes descansaba, caminar. No refiere otras patologías, antecedente de apendicectomía, resección quiste ganglionar muñeca izquierda y resección de prerigios. Toma naproxeno y se aplica gel analgésico. Al examen, arcos de hombros, codos y muñecas conservados, Finkeistein (-) bilateral, Tinel (+) y Phalen (+) bilateral, no atrofas tenares ni hipotenares, no sinovitis ni deformidades, no signos distróficos. El análisis de puesto de trabajo aportado describe las tareas de ingreso de datos del paciente, atención del paciente, informes semanales, biomecánicamente para el segmento muñeca, dedos, se describen movimientos y posturas de flexión de 5º, pero es una actividad de corta duración, no se describe concentración de movimiento, vibración segmentaria durante el uso de pieza de mano y micromotor, que se realiza de forma fraccionada y por cortos periodos durante la jornada laboral. De acuerdo con lo anterior se considera **que no hay combinación de factores de riesgo laboral que expliquen el desarrollo de esta patología, adicionalmente, las jornadas laborales eran cortas (cuatro horas) lo que conlleva a una disminución de la exposición acumulada**” (folios 269 a 275, archivo 01 primera instancia). Esta conclusión se sustentó, no solo en las normas vigentes y la historia clínica de la actora, sino también en la valoración que esa Junta le realizó, la información que ella misma suministró y el análisis de puesto de trabajo que se le practicó.*

Si bien en el *anexo técnico* del Decreto 1477 de 2014 “*por el cual Por el cual se expide la Tabla de Enfermedades Laborales*” se relaciona el *síndrome del túnel carpiano*, como una enfermedad laboral ubicada en el Grupo V – *enfermedades del sistema nervioso*, lo cierto es que la sola inclusión en esa lista no da lugar -necesariamente- a que se considere en todos los casos que una patología es de origen laboral. El artículo 4 del Decreto en mención requiere para enfermedades clasificadas en ese grupo, *la calificación como de origen laboral en primera oportunidad o el dictamen de las juntas de calificación de invalidez y de conformidad con la normatividad vigente*. Además, a tenor del artículo 4 de la Ley 1562 de 2012, se debe acreditar que

la enfermedad diagnosticada se relaciona causalmente con el factor de riesgo inherente a la actividad laboral.

En esa medida, aunque no se desconoce que por su actividad como odontóloga la demandante estaba expuesta al factor de riesgo “*combinación de movimientos repetitivos con fuerza y/o posturas forzadas de miembros superiores, con alta demanda de tareas manuales o con herramientas manuales*” -como se señala en el anexo técnico- lo cierto es que conforme el dictamen de la Junta Nacional al que se hizo mención, las tareas se hacían de forma fraccionada y, por la duración de la jornada laboral que la demandante reconoció era de medio tiempo, se redujo la exposición acumulada.

Sobre esta materia declaró CARLOS EDUARDO OSORIO PEÑA¹³ -esposo de la demandante- quien dijo claramente que NOHORA ANGÉLICA tenía como *hobbie* coser, actividad que según la tabla de enfermedades laborales también implica una exposición al factor de riesgo señalado y para la demandante no tenía ninguna relación con su trabajo.

No resulta útil para desestimar las conclusiones a las que arribó la Junta Nacional de Invalidez en su peritaje sobre el origen laboral de la patología, el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta (folios 223 a 225 archivo 01, primera instancia) entre muchas otras razones de orden y competencia funcional, porque en dicha la ponencia no se dan razones concretas del por qué el *síndrome del túnel carpiano bilateral* que padece la demandante tiene carácter laboral, simplemente resume la historia clínica y las normas que regulan el asunto.

VII) SOLIDARIDAD: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 34 del CST asigna responsabilidad solidaria del contratante de una obra o a la beneficiaria de un servicio frente a las obligaciones laborales que surgen entre el contratista y sus trabajadores (vinculados mediante un *contrato de trabajo*), salvo que lo contratado sean *labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio* -del contratante-.

Como esta norma dispuso una regla general de responsabilidad solidaria para evitar que el empleador diluya artificiosamente en terceros las responsabilidades laborales que las normas legales le asignan, solo se puede

¹³ Audiencia del 18 de mayo de 2023, récord 1:30:22

eximir de dicha responsabilidad el contratante que demuestre fehacientemente dentro del proceso que se encuentra en la *excepción* que establece la norma, probando que el objeto del contrato civil comercial o administrativo comporta labores *extrañas* al objeto social de su empresa o negocio.

Bajo esta clara regla, el Tribunal declarará la responsabilidad solidaria con COOMEVA E.P.S. en las condenas impuestas, pues se probó con los contratos para la prestación de servicios de odontología suscritos entre COOMEVA E.P.S. y la CTA SISCOOP, y con los testimonios rendidos por PAOLA ANDREA SALAS CARDONA y CAROLINA MORALES DÍAZ y la confesión vertida en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de COOMEVA, que esa EPS era *beneficiaria* del servicio que prestó la demandante como odontóloga, y que las demandadas cumplían actividades conexas o afines a la actividad encargada a la demandante.

Frente a esto último, basta indicar que como empresa promotora de servicios de salud, el objeto de COOMEVA consistía en organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan de Beneficios vigente directamente o a través de terceros, por lo que al ser la odontología un servicio de salud, que de hecho hace parte del Plan de Beneficios, la actividad que desempeñó la demandante como odontóloga no resulta ajena ni extraña a las actividades de la E.P.S. demandada. Procede entonces la declaración de responsabilidad solidaria entre las sociedades demandadas¹⁴, declaración que hará el Tribunal en esta sentencia.

¹⁴ Sobre la materia cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 14 de febrero del 2018, sentencia SL-217 radicación No. 58487, en la cual expresó:

*“Esta Sala en sentencia SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000, rememoró lo enseñado en decisión SL, del 20 de mar. 2013, rad.40.541, en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, **cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.***

Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

[...] En primer término, y antes de estudiar los medios de convicción que se citan en el cargo, resulta de interés para la Corte precisar que el anterior razonamiento de la impugnación en realidad involucra una cuestión de orden jurídico y no fáctico, esto es, si para establecer la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño

No sobra reiterar que en este proceso ninguna de las demandadas propuso apelación frente a la declaración de existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la CTA SISCOOP, por oposición a las relaciones de *trabajo asociado* (regulado en el artículo 59 y concordantes de la Ley 79 de 1988) frente a las cuales cabrían consecuencias diferentes que el Tribunal no puede estudiar por el principio de consonancia contenido en el artículo 66A del CPTSS.

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia para condenar a la demandada SISCOOP a pagar a favor de la demandante: por indemnización por despido sin justa causa la suma de \$11.982.826; por sanción por no pago de intereses a las cesantías \$2.646.480; y por concepto de sanción por no consignación de las cesantías \$280.392.384.
2. **REVOCAR** los numerales PRIMERO y SEXTO de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **DECLARAR** que COOMEVA E.P.S. S.A. EN LIQUIDACIÓN es solidariamente responsable de las obligaciones laborales a cargo de SISCOOP CTA a favor de la demandante.

de la obra o si es viable analizar también la actividad específica adelantada por el trabajador; cuestión que no puede ser planteada en un cargo dirigido por la vía de los hechos.

*Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado.***

3. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia

4. **SIN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ANGELICA VIVIANA VALENCIA LATORRE
CONTRA CTA S.A.S. CONSULTORÍA TÉCNICA Y AMBIENTAL DE
PROYECTOS S.A.S. y PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP hoy
FRONTERA ENERGY COLOMBIA SA**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para conocer en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante la sentencia dictada el 15 de junio de 2023 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la existencia de una relación laboral, probada la excepción de prescripción, y se ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra con las cuales perseguía el reconocimiento de prestaciones e indemnizaciones.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ANGELICA VIVIANA VALENCIA LATORRE presentó demanda contra las sociedades CTA S.A.S. CONSULTORÍA TÉCNICA Y AMBIENTAL DE PROYECTOS S.A.S. y PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 27 de mayo de 2011 y el 26 de marzo de 2012. En consecuencia, pide que se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones y la sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que el 27 de mayo de 2011 ingresó al servicio de los demandados a través de contrato por duración de obra o labor contratada No. 02-11 para el cargo PROYECTISTA MECÁNICO

Y/O TUBERÍA con asignación mensual de \$3.037.214 contrato que fue terminado mediante comunicado del 26 de marzo de 2012 por culminación de la labor contratada. Aduce que le adeudan las prestaciones y vacaciones pese a que el 15 de marzo de 2014 envió comunicación a las demandadas solicitando el pago de sus acreencias, con la cual interrumpió la prescripción. Informa que fue afiliada al sistema de seguridad social integral por las demandadas (folios 3 a 8 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que sostuvo relación comercial con la compañía CONSULTORÍA TÉCNICA Y AMBIENTAL DE PROYECTOS CTA para la prestación de servicios especializados de interventoría técnica, administrativa y ambiental, y dicha sociedad actuó con absoluta autonomía técnica, financiera, administrativa y directiva. Aduce que el objeto social de CONSULTORÍA TÉCNICA Y AMBIENTAL DE PROYECTOS CTA nada tiene que ver con su objeto social, y no adeuda suma alguna a la demandante pues no existió relación laboral o de otra índole con ella. Puso en conocimiento que las demandadas celebraron una conciliación en la cual dejó constancia de que a partir de esa fecha -26 de septiembre de 2014- CTA S.A.S. asumiría la defensa de todos los procesos laborales que estuvieran en curso y lo que se iniciasen con posterioridad. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y compensación* (Ver contestación folios 152 a 164 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSULTORÍA TÉCNICA Y AMBIENTAL DEL PROYECTOS S.A.S. CTA S.A.S., se opuso también a todas las pretensiones de la demanda. Aceptó la existencia del contrato de trabajo y sus extremos. Afirma que en el presente asunto operó la prescripción como quiera que los derechos que se reclaman se hicieron exigibles en marzo de 2012 y la demanda no fue notificada dentro del año siguiente, por lo que no se interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda. Aduce que la comunicación del 15 de marzo de

2014 no cumplió el cometido de interrumpir la prescripción porque no fue recibida por esa demandada. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de *prescripción y pago* (Ver contestación archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP llamó en garantía a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA (folio 184 a 186 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 07 de diciembre de 2017 (folio 228 archivo 01 trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda y del llamamiento, la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones afirmando que la póliza no cubre a trabajadores directos del asegurado, ni eventos en los cuales el garantizado sea condenado como intermediario laboral en los términos del artículo 34 del CST. Además, se no cobijan las vacaciones por no ser una prestación social ni la indemnización moratoria. Propuso como excepciones de fondo las de *ausencia de cobertura en caso de ser condenado el asegurado como verdadero empleador, ausencia de cobertura de prestaciones consagradas en convenciones colectivos, no cobertura de vacaciones al no tener carácter salarial ni prestacional y ausencia de cobertura de la (sic) indemnizaciones moratorias (art 65 CST y art 99 Ley 50 de 1990)* (folios 251 a 267 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de junio de 2023, mediante la cual el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de una relación laboral entre la demandante y CTA SAS CONSULTORÍA TÉCNICA AMBIENTAL DE PROYECTOS S.A.S. entre el 27 de mayo de 2011 y el 26 de marzo de 2012 en el cargo de proyectista mecánico y/o tubería y que su último salario ascendió a la suma de \$3.037.214. DECLARÓ probada la excepción de prescripción y ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones de la demanda pues si bien se acreditaron los elementos de un contrato de trabajo de la demandante con CTA SAS CONSULTORÍA TÉCNICA AMBIENTAL DE PROYECTOS S.A.S. transcurrieron más de tres años desde la terminación del contrato y la reclamación se entregó cuando ya había transcurrido el término trienal, en

todo caso, si se tuviera en cuenta esa reclamación, con lo cual que de todas formas la demanda se notificó hasta el 15 de febrero de 2022, por fuera del termino previsto en el artículo 94 del CST.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora ANGELICA VIVIANA VALENCIA LATORRE y CTA S.A.S CONSULTORÍA TÉCNICA AMBIENTAL DE PROYECTOS existió una relación laboral entre el 27 de mayo de 2011 y el 26 de marzo de 2012, que el cargo desarrollado por la demandante fue el de proyectista mecánico y/o tubería y que su último salario ascendió a la suma de \$3.037.214. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción. TERCERO: ABSOLVER a CTA S.A.S. CONSULTORÍA AMBIENTAL DE PROYECTOS S.A.S. de las pretensiones en su contra. CUARTO: ABSOLVER a PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP hoy FRONTERA ENERGY COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A CONFIANZA S.A de todas las pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: Condenar en costas a la demandante, liquídense como agencias en derecho la suma de \$300.000. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente sentencia por el extremo demandante habrá de ser remitida en consulta ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral según las reglas del artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social.”* (Audiencia virtual del 16 de septiembre de 2022, archivo 14 récord 28:35 expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSULTA

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la parte demandante, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que el 27 de mayo de 2011 la demandante suscribió el contrato de trabajo por duración de la obra o labor No. 02-11 con la empresa CTA S.A.S. CONSULTORÍA AMBIENTAL DE PROYECTOS S.A.S., para desempeñar el cargo de PROYECTISTA MECANICO Y/O

TUBERÍA con una asignación salarial de \$2.808.000 (folio 9 a 12 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), (ii) que el último salario devengado ascendió a \$3.037.214 (folio 14 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), y (iii) que el contrato finalizó el 26 de marzo de 2012 (folio 13 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La controversia que debe estudiar el Tribunal se centra en definir si operó o no la prescripción, y en dado caso si se acreditó o no la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y proceden las condenas que reclama la demanda por prestaciones sociales vacaciones e indemnización moratoria.

PRESCRIPCIÓN.

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

Con esta premisa normativa, el Tribunal confirmará la sentencia apelada pues con los extremos temporales de la relación laboral que aceptan ambas partes operó la prescripción de la acción judicial frente a todas las acreencias laborales pretendidas en la demanda.

En efecto, la prescripción de la acción judicial comenzó a correr desde la fecha de terminación del contrato, esto es, desde el 26 de marzo de 2012, y la según la copia de la reclamación enviada a CTA LTDA que tiene fecha 15 de marzo de 2014, esta fue entregada por la empresa Interrapidísimo el 18 de marzo de 2015 en la dirección AV 40 A No 13-08/09 OFIC 1804 EDIF UGI que no se demostró que corresponda a la demandada. Conforme al certificado de existencia y representación legal de CTA S.A.S. CONSULTORÍA AMBIENTAL DE PROYECTOS S.A.S., aportado con la misma demanda, la dirección de esa sociedad es la CRA 8 38-33 OFC 901 en Bogotá.

En este orden de ideas, la comunicación referida no pudo interrumpir el término prescriptivo y operó sin duda la excepción declarada en la sentencia de primera instancia, pues la demanda se presentó el 28 de marzo de 2016 (ver folio 44 archivo 01).

La Sala comparte el argumento expresado en la sentencia según el cual, de todas formas, si se pudiera tener recibida la comunicación por el empleador también habría operado la prescripción pues la demanda se presentó el 28 de marzo de 2016 (ver folio 44 archivo 01), fue admitida en auto del 03 de mayo de 2016 que se fijó en estado del 4 de mayo de 2016 (ver folio 45 archivo 01), lo había interrumpido el término prescriptivo si dicho auto se hubiera notificado al demandado dentro del año siguiente; sin embargo, desde esa fecha hasta el momento en que fue debidamente notificada la sociedad CTA S.A.S. CONSULTORÍA AMBIENTAL DE PROYECTOS S.A.S. transcurrieron más de cuatro años (se notificó con el correo electrónico del 29 de septiembre de 2021 – archivo 04).

En consecuencia, y en atención a lo dispuesto en el artículo 94 del CGP¹, aplicable al presente asunto por remisión expresa el artículo 145 del CPTSS, la presentación de la demanda no pudo interrumpir el término de prescripción trienal establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, el cual siguió corriendo y operó con todas sus consecuencias, pues desde la fecha de la terminación del vínculo (26 de marzo de 2012) hasta la fecha en que se notificó efectivamente el auto admisorio de la demanda a la convocada (29 de septiembre de 2021) transcurrieron 6 años y 6 meses, sin que se evidencie que ello hubiera ocurrido por *“negligencia del juzgado o por actividad elusiva*

¹ “La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. (...)”

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos”.

*del demandado*² -palabras usadas por la Corte Suprema de Justicia en casos similares-.

Sobre esto último, nótese que la juez de primera instancia en proveído del 14 de marzo de 2019 (folio 296 archivo 01) requirió a la parte actora para que notificara el auto admisorio a la demandada CTA S.A.S. CONSULTORÍA AMBIENTAL DE PROYECTOS S.A.S.; en auto de fecha 04 de octubre de 2019 (folio 322 archivo 01) se ordenó el archivo del proceso conforme al parágrafo único del artículo 30 del CPTSS; en auto de fecha 11 de febrero de 2020 (folio 329 archivo 01) se ordenó intentar la notificación en la dirección aportada por la parte demandante; en auto del 13 de septiembre de 2021 (archivo 03) requirió a la parte actora para que enviara el aviso de notificación en aplicación del artículo 292 del C.G.P conforme las previsiones que trata el art. 29 inciso final del C.P.T y S.S., o en los términos del artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

² Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL8716-2014 “Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...». “Precisamente, en este mismo sentido, expresó la Corte, Sala de Casación Civil, que la sola interposición de la demanda no interrumpe la prescripción salvo que el retardo en notificar a éste (el demandado) no se deba a culpa del demandante (...) sino al demandado, por haber eludido esta, o al personal del Juzgado encargo (sic) de hacerla, casos en los cuales la interrupción se entiende consumada con la presentación de la demanda”.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JORGE IGNACIO CASTELLANOS SÁNCHEZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2023 por el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JORGE IGNACIO CASTELLANOS SÁNCHEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su afiliación al régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado a través de la AFP PORVENIR, por cuanto se omitió el deber de otorgar una información, clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional. Pide que se ordene al fondo devolver a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta individual junto con los bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses, y que se declare para todos los efectos que

siempre permaneció en el régimen de prima media y se ordene a COLPENSIONES reconocer pensión de vejez a partir del 8 de febrero de 2022, momento en que cumplió con los requisitos mínimos para acceder a la prestación, junto con los intereses moratorios, retroactivo pensional e indexación (ver demanda folios 01 a 26 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que el traslado del demandante al régimen de ahorro individual se dio de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, y que su decisión obedeció a la información brindada por los asesores de la AFP que efectuaron el traslado. Refiere que no se aporta ninguna prueba que demuestre algún vicio del consentimiento para invalidar la afiliación. Sostiene que un error de derecho no vicia el consentimiento y que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de la ley 797 de 2003, por lo que no es imposible a esa entidad tenerlo como afiliado del RPM, ello contraviene el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. En caso de encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y se determine que la consecuencia es la nulidad del traslado, se deberá garantizar la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las pensiones. Dice que no es posible el estudio de la pensión como quiera que el demandante se encuentra afiliado a PORVENIR desde el año 1998, fondo encargado del reconocimiento prestacional, y se opuso al reconocimiento de intereses moratorios. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, intereses moratorios, improcedencia del traslado del régimen del*

pensionado, y la innominada o genérica (ver contestación folios 3 a 32 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A., se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen pensional válido como quiera que estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, y es improcedente declarar un error de derecho cuando las condiciones están determinadas en una norma de público conocimiento, aunado a que el demandante no aporta prueba alguna que dé cuenta de que dicho acto se realizó bajo algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que el demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho de retracto y trasladarse dentro del términos legales y no lo hizo. Propuso en su defensa, las excepciones de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 2 a 44 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), y ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante a partir del retiro del trabajador. Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. En relación con la pensión, ordenó a COLPENSIONES una vez haya reactivado al trabajador, proceda con el reconocimiento una vez se acredite el retiro del trabajador.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por JORGE IGNACIO CASTELLANOS SÁNCHEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme*

a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., para que, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados. Así mismo, la citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, una vez hecha la reactivación del actor al Régimen de Prima Media con prestación definida, y se haya cumplido con el requisito de retiro de su empleador en calidad de trabajador dependiente, a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los presupuestos de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, por 13 mesadas pensionales, con la tasa de reemplazo establecida en el artículo 34 de la citada ley, liquidando el IBL conforme el artículo 21 ibidem, estos es, con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años de cotizaciones o toda la vida laboral, tomando el más favorable, y teniendo en cuenta la densidad de semanas cotizadas por el demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar el valor del retroactivo pensional causado, de manera indexada desde la fecha de retiro del demandante de su empleador en calidad de trabajador dependiente y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del mismo, si a ello hubiere lugar. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de la providencia. SÉPTIMO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandada PORVENIR S.A., y a favor del demandante, en la suma única de \$1.160.000. OCTAVO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones elevadas en la demanda. NOVENO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme a lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021. DÉCIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso

a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.” (Audiencia virtual, récord 38:55, archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del DEMANDANTE manifiesta inconformidad con el numeral quinto de la sentencia, considera que el disfrute de la pensión es a partir del retiro del sistema general de pensiones y no como lo dice el juez de instancia a partir del retiro de su empleador. En consecuencia, el retroactivo deberá ser reconocido desde el mes de marzo de 2022. Solicita que se imponga costas a COLPENSIONES en su calidad de demandada, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y resultó vencida en juicio, así como a cargo de los demandados que presenten apelación en contra de la sentencia¹ (Audiencia virtual, récord 40:56, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR S.A. indica que cumplió con el deber legal para la fecha del traslado y la afiliación que realizó el demandante es validad. Afirma que no es viable devolver los gastos de administración y primas de seguros

¹ “Estando en la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada para que sea la sala laboral del tribunal superior de Bogotá quien estudie y revoque la condena impuesta en contra de mi representada bajo los siguientes términos respecto de porvenir al pago o traslado de gastos de administración o sumas de los seguros previsionales pues no comparte esta apoderada judicial la postura adoptada por el proceder del despacho como quiera que en primer lugar debe establecerse que ese 3% descontado de los aportes efectuados por la demandante es de manera legal ese descuento de lo cual se puede denotar el artículo 20 de la ley 100 de 1993 en igual sentido vale la pena destacar que dichos descuentos han cumplido y cumplieron en su momento su finalidad y esto es en cuanto a los gastos de administración pues el reconocimiento propio del régimen de ahorro individual en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante durante el tiempo que estuvo vinculada con mi representada y así mismo de las primas y seguros previsionales vale la pena anotar que si bien la demandante con mi representada afortunadamente no causo ninguna de esta prestación que estos seguros salvaguardan pues lo cierto es que estuvo plenamente amparada en igual sentido otra vez acotando ese artículo 20 de la ley 100 de 1993 pues vale la pena resaltar que ese 3% descontado de los aportes efectuados por la demandante pues serian descontados independientemente si la demandante hubiera estado vinculada en el régimen de prima media como en el de ahorro individual en igual sentido respecto de la condena de la indexación de estos gastos pues téngase en cuenta que se fundamenta esta condena en el poder adquisitivo de la moneda no obstante es de recalcar si para la sala de segunda instancia considera prospero confirmar la sentencia acá recurrida téngase en cuenta que se van a trasladar unos rendimientos que no se hubieran generado en el régimen de prima media y por los cuales se ordena trasladar unos aportes que acreces y a luces son superiores y igualmente respecto de los descuentos son superiores a los cuales se hubieran efectuado en el régimen de prima media por lo cual se supone que no hay pérdida del poder adquisitivo de respecto de los aportes efectuados por la demandante y por tanto tampoco habría lugar a una eventual descapitalización de Colpensiones en cuanto al eventual reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante bajo esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando nuevamente a los honorables magistrados la revocatoria de la condena impuesta a mi representada y al despacho la concesión del recurso muchas gracias.”

provisionales, por cuanto tienen origen legal y una destinación específica, además han cumplido con su finalidad y no se encuentran en poder del Fondo. Asegura que el reconocimiento de la indexación es improcedente pues los rendimientos que se generaron superan la eventual pérdida del poder adquisitivo lo que generaría un doble pago y un enriquecimiento sin causa. Aduce que los gastos de administración y las primas de seguros previsionales no hacen parte de la cuenta del afiliado, por ello sí pueden ser objeto de prescripción. Pide se revoque la condena en costas como quiera que el fondo actuó de buena fe² (Audiencia virtual, récord 40:56, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia, indica que se trata de un tercero ajeno al acto jurídico de traslado, por lo que no puede verse afectada, y el traslado del demandante afecta el sostenimiento del sistema. Indica que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado³ (Audiencia virtual, récord 40:56, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² “Estando en la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada para que sea la sala laboral del tribunal superior de Bogotá quien estudie y revoque la condena impuesta en contra de mi representada bajo los siguientes términos respecto de porvenir al pago o traslado de gastos de administración o sumas de los seguros previsionales pues no comparte esta apoderada judicial la postura adoptada por el proceder del despacho como quiera que en primer lugar debe establecerse que ese 3% descontado de los aportes efectuados por la demandante es de manera legal ese descuento de lo cual se puede denotar el artículo 20 de la ley 100 de 1993 en igual sentido vale la pena destacar que dichos descuentos han cumplido y cumplieron en su momento su finalidad y esto es en cuanto a los gastos de administración pues el reconocimiento propio del régimen de ahorro individual en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante durante el tiempo que estuvo vinculada con mi representada y así mismo de las primas y seguros previsionales vale la pena anotar que si bien la demandante con mi representada afortunadamente no causó ninguna de esta prestación que estos seguros salvaguardan pues lo cierto es que estuvo plenamente amparada en igual sentido otra vez acotando ese artículo 20 de la ley 100 de 1993 pues vale la pena resaltar que ese 3% descontado de los aportes efectuados por la demandante pues serían descontados independientemente si la demandante hubiera estado vinculada en el régimen de prima media como en el de ahorro individual en igual sentido respecto de la condena de la indexación de estos gastos pues téngase en cuenta que se fundamenta esta condena en el poder adquisitivo de la moneda no obstante es de recalcar si para la sala de segunda instancia considera prospero confirmar la sentencia acá recurrida téngase en cuenta que se van a trasladar unos rendimientos que no se hubieran generado en el régimen de prima media y por los cuales se ordena trasladar unos aportes que acreces y a luces son superiores y igualmente respecto de los descuentos son superiores a los cuales se hubieran efectuado en el régimen de prima media por lo cual se supone que no hay pérdida del poder adquisitivo de respecto de los aportes efectuados por la demandante y por tanto tampoco habría lugar a una eventual descapitalización de Colpensiones en cuanto al eventual reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante bajo esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando nuevamente a los honorables magistrados la revocatoria de la condena impuesta a mi representada y al despacho la concesión del recurso muchas gracias.”

³ “Estando en la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada para que sea la sala laboral del tribunal superior de Bogotá quien estudie y revoque la condena impuesta en contra de mi representada bajo los siguientes términos respecto de porvenir al pago o traslado de gastos de administración o sumas de los seguros previsionales pues no comparte esta apoderada judicial la postura adoptada por el proceder del despacho como quiera que en primer lugar debe establecerse que ese 3%

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

descontado de los aportes efectuados por la demandante es de manera legal ese descuento de lo cual se puede denotar el artículo 20 de la ley 100 de 1993 en igual sentido vale la pena destacar que dichos descuentos han cumplido y cumplieron en su momento su finalidad y esto es en cuanto a los gastos de administración pues el reconocimiento propio del régimen de ahorro individual en favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante durante el tiempo que estuvo vinculada con mi representada y así mismo de las primas y seguros previsionales vale la pena anotar que si bien la demandante con mi representada afortunadamente no causo ninguna de esta prestación que estos seguros salvaguardan pues lo cierto es que estuvo plenamente amparada en igual sentido otra vez acotando ese artículo 20 de la ley 100 de 1993 pues vale la pena resaltar que ese 3% descontado de los aportes efectuados por la demandante pues serian descontados independientemente si la demandante hubiera estado vinculada en el régimen de prima media como en el de ahorro individual en igual sentido respecto de la condena de la indexación de estos gastos pues téngase en cuenta que se fundamenta esta condena en el poder adquisitivo de la moneda no obstante es de recalcar si para la sala de segunda instancia considera prospero confirmar la sentencia acá recurrida téngase en cuenta que se van a trasladar unos rendimientos que no se hubieran generado en el régimen de prima media y por los cuales se ordena trasladar unos aportes que acreces y a luces son superiores y igualmente respecto de los descuentos son superiores a los cuales se hubieran efectuado en el régimen de prima media por lo cual se supone que no hay pérdida del poder adquisitivo de respecto de los aportes efectuados por la demandante y por tanto tampoco habría lugar a una eventual descapitalización de Colpensiones en cuanto al eventual reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante bajo esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando nuevamente a los honorables magistrados la revocatoria de la condena impuesta a mi representada y al despacho la concesión del recurso muchas gracias.”

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 38⁴ años de edad y había cotizado 401,71⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años 1 mes y 11 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demandada tenía la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 62 años de edad- ver folios 59 del archivo 01 y archivo 03 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

⁴ Nació el 08 de febrero de 1960, folio 59 archivo 01.

⁵ Ver historia laboral Oficina de Bonos Pensionales folio 102 a 105 archivo 07 trámite de primera instancia

⁶ Ibidem

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁷, ⁸. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces,*

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁸ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que, en las instalaciones de la empresa realizaron una reunión corporativa, en la cual adujeron que el ISS se iba a acabar y que por seguridad pensional se debían trasladar al fondo

privado, además les pusieron de presente el beneficio económico que ello traería pero nada dijeron sobre los requisitos para acceder a la pensión en uno y otro régimen, tampoco sobre las características del RAIS (Audiencia virtual del 22 de noviembre de 2023).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados, el porcentaje correspondiente a las 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 pues así lo definió la jurisprudencia de la Corte que se sigue como precedente (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA entre otras). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100

de 1993⁹), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal revocará los numerales CUARTO y QUINTO de la sentencia de primera instancia, pues no resulta procedente, en este momento, el reconocimiento judicial de la pensión. COLPENSIONES sólo tendrá a cargo la obligación pensional del demandante cuando se haya hecho efectiva la anulación del traslado, y haya recibido los aportes que la financiarán; solo en ese momento se podrán definir las reglas aplicables y el valor de la mesada.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a PORVENIR y se adicionará para imponerlas también a cargo de COLPENSIONES, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dichas entidades en el caso bajo estudio.

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

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y de PORVENIR.

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

⁹ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

RESUELVE

1. **REVOCAR** los numerales CUARTO y QUINTO de la sentencia de primera instancia.
2. **ADICIONAR** el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera, para condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES.
3. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
4. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
5. **COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante y de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado